

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RODRIGO EDUARDO CAMARGO

OS DIREITOS À IMAGEM E À PRIVACIDADE E A RETÓRICA DA LIBERDADE

**CURITIBA
2013**

RODRIGO EDUARDO CAMARGO

OS DIREITOS À IMAGEM E À PRIVACIDADE E A RETÓRICA DA LIBERDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, área de concentração em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Tit. Dr. José Antônio Peres Gediel

**CURITIBA
2013**

TERMO DE APROVAÇÃO

RODRIGO EDUARDO CAMARGO

OS DIREITOS À IMAGEM E À PRIVACIDADE E A RETÓRICA DA LIBERDADE

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof.Tit. Dr. José Antônio Peres Gediél
Orientador – Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior
Universidade Federal do Paraná

Profa. Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, de março de 2013.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, aos meus pais, pelo amor incondicional e por sempre embarcarem comigo, com o corpo e o espírito, nos caminhos que trilhei.

Para Marcela, com amor infinito, pelo companheirismo e pelo apoio irrestrito, me fazendo compreender os ensinamentos de José Saramago, de que "os momentos não chegam nunca tarde nem cedo, chegam à hora deles, não à nossa".

A minha filha Beatriz, que, na singeleza dos gestos, me ensina a grandeza da vida.

Ao meu orientador, Professor Dr. José Antônio Peres Gediél, pelo estímulo decisivo na minha formação como pesquisador, pela confiança e paciência em mim depositadas, desde o segundo ano da faculdade, quando eu era monitor da disciplina de Teoria Geral do Direito Privado, e pela amizade que transcende os muros acadêmicos. Representa a expressão da figura de Mestre, de modo que, por maior que seja a amizade, não há como deixar de chamá-lo de Professor.

Ao Professor Dr. Rodrigo Xavier Leonardo, pela disposição em ensinar o Direito Civil, desde a graduação nesta Faculdade de Direito, e pelas conversas sempre estimulantes e encorajadoras.

Ao Professor Dr. Eroulths Cortiano Júnior, pelo incentivo à pesquisa, à época em que fui monitor da disciplina de Direito Civil – Parte Geral, na graduação desta Faculdade, e pelas instigantes reflexões construídas durante os créditos de Direito Civil – Novas Tendências, cursados no Mestrado.

Não poderia deixar de mencionar meu grande parceiro, Ralph Winikes, com quem construí grande amizade, desde a época de graduação, e alguns artigos acadêmicos.

Concluo com agradecimentos a CAPES e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, que propiciaram condições materiais para o desenvolvimento desta dissertação.

“Palavra puxa palavra, uma idéia traz outra, e assim se faz um livro, um governo, ou uma revolução, alguns dizem que assim é que a natureza compôs as suas espécies.”

(Machado de Assis- Histórias sem data)

RESUMO

Reflete-se sobre a coexistência harmônica, em um mesmo sistema jurídico, entre a cláusula geral da dignidade da pessoa humana e os direitos especiais da personalidade. Discutem-se as bases jusnaturalistas dos direitos da personalidade, pensados como direitos inatos, e a aproximação, sob a ótica conceitual, desses direitos com os direitos fundamentais e com os direitos humanos. O discurso da indisponibilidade e da irrenunciabilidade, que marca a evolução dos direitos da personalidade, é colocado em voga, a fim de demonstrar que a complexidade de ações materiais da sociedade contemporânea conduz à revisitação das características clássicas dessa categoria jurídica. As novas tecnologias de informação potencializaram a transparência como valor do Estado Democrático de Direito, o que provoca grandes dificuldades, nesses novos tempos, em definir os limites entre esferas pública e privada. Em nome de uma suposta transparência que caracteriza a sociedade democrática brasileira, a mídia avança, gradualmente, sobre as relações particulares, em considerável diluição das fronteiras entre o público e o privado. Nesse cenário, debatem-se critérios e pensamentos para precisar os limites entre os direitos da personalidade – nomeadamente a imagem, a privacidade e a honra – e o direito de informação, no caso concreto. Na atualidade, verifica-se que ação da mídia sobre a esfera pessoal dos indivíduos torna-se prática comum e baseia-se em alguns critérios para justificar a conduta invasiva. O critério do “lugar” em que está situada a pessoa – público ou privado – é usualmente invocado para justificar o interesse geral ao conhecimento da imagem capturada. Outro critério apontado pela mídia como legitimador das violações aos direitos da personalidade, e geralmente acolhido pela jurisprudência nacional, refere-se à suposta distinção entre pessoas privadas e pessoas públicas. A utilização de artifícios ardilosos de tecnologia, para a apreensão indiscriminada da imagem e da privacidade das pessoas, é amplamente aceita pela sociedade, sendo que o uso desses aparatos tecnológicos da mídia está dissimulado pelos discursos da democracia, da liberdade de expressão, bem como pelos critérios da “pessoa pública”, do “lugar público”, do interesse público e da segurança pública. Esses critérios que mascaram a mercantilização da personalidade consistem em conceitos fluidos, que contribuem decisivamente para a instauração de um panorama propício à diluição da dignidade humana. Na jurisprudência brasileira, entende-se que, havendo destinação econômica da imagem alheia, está assegurado o reconhecimento da autonomia do direito à imagem, em face aos demais atributos da personalidade. Por outro lado, nos casos em que o intuito comercial da veiculação da imagem alheia não restar evidenciado, a sua proteção jurídica depende da ofensa à honra ou à privacidade. O deslocamento da proteção jurídica da imagem para o âmbito normativo do direito à honra ou do direito à privacidade projetam, ainda, explorações agressivas da imagem de *suspeitos* e de condenados judiciais. Apresenta-se a dicotomia da liberdade como eixo do debate sobre a dignidade, pois, ao mesmo tempo em que a liberdade funciona para afirmar a condição humana, também é pensada como categoria que impõe, mediante os direitos da personalidade, limites para a harmonização entre direitos e pessoas.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade. Liberdade de Informação. Imagem. Privacidade.

RIASSUNTO

Si è pensato sulla coesistenza armonica, in uno stesso sistema giuridico, fra la clausola generale della dignità della persona umana e i diritti speciali della personalità. Sono state discusse le basi giusnaturalistiche dei diritti della personalità, pensati come diritti innati, e l'avvicinamento, sotto l'ottica concettuale, di questi diritti ai diritti fondamentali e ai diritti umani. Il discorso della indisponibilità e della irrinunciabilità, che segna l'evoluzione dei diritti della personalità, è messo in evidenza, con lo scopo di dimostrare che la complessità di azioni materiali della società contemporanea porta alla rivisitazione delle caratteristiche classiche di questa categoria giuridica. Le nuove tecnologie di informazione hanno potenziato la trasparenza come valore dello Stato Democratico di Diritto, il che provoca grandi difficoltà, in questi nuovi tempi, nel definire i limiti tra sfere pubblica e privata. In nome di una supposta trasparenza che caratterizza la società democratica brasiliana, la stampa avanza, in pratica aggressiva, sui rapporti privati, in considerevole diluizione dei confini tra il pubblico e il privato. In questo scenario, si sono discussi dei criteri e pensieri per precisare i limiti fra i diritti della personalità – con i nominativi l'immagine, la privacy e l'onore – e il diritto di informazione, nel caso concreto. Oggi si verifica che azione della stampa sulla sfera personale degli individui diventa pratica comune e si basa su alcuni criteri per giustificare la condotta invasiva. Il criterio di "luogo" dove si trova la persona – pubblico o privato – è di solito invocato per giustificare l'interesse generale alla conoscenza dell'immagine catturata. Un altro criterio assegnato dalla stampa come legittimante delle violazioni ai diritti della personalità, e di regola accolto dalla giurisprudenza nazionale, si riferisce alla supposta distinzione tra persone private e persone pubbliche. L'uso di artifici della tecnologia, per la cattura indiscriminata della immagine e della privacy delle persone, è ampiamente accolta dalla società, e l'uso di questi strumenti tecnologici della stampa viene dissimulato dai discorsi di democrazia, di libertà di espressione, e anche dai criteri della "persona pubblica", del "luogo pubblico", dell'interesse pubblico e della sicurezza pubblica. Questi criteri che mascherano la mercantilizzazione della personalità consistono in concetti fluidi, che contribuiscono decisamente per l'instaurazione di un panorama propizio alla diluizione della dignità umana. Nella giurisprudenza brasiliana, sempre che vi è destinazione economica della immagine altrui, è assicurato il riconoscimento della autonomia del diritto all'immagine, rispetto agli altri attributi della personalità. D'altra parte, nei casi in cui l'intuito commerciale della trasmissione della immagine altrui non resta evidente, la sua protezione giuridica dipende dall'offesa all'onore o alla privacy, secondo intesa giurisprudenziale maggioritaria. Lo spostamento della protezione giuridica dell'immagine all'ambito normativo del diritto all'onore o del diritto alla privacy proiettano ancora sfruttamento smisurato dell'immagine dei *sospetti* e di condannati dalla giustizia. Si presenta la dicotomia della libertà come asse del dibattito sulla dignità, perché, allo stesso tempo in cui la libertà funziona per affermare la condizione umana, è pensata anche come categoria che impone, mediante i diritti della personalità, limiti per l'armonizzazione tra diritti e persone.

Parole- chiave: Diritti della Personalità. Libertà di Stampa. Immagine. Privacy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I. CONTORNOS ATUAIS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	15
1.1 ESCORÇO TEÓRICO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E O ESTADO DA ARTE DA MATÉRIA NO BRASIL.....	15
1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS: CONTINUIDADE E RUPTURA DAS RAÍZES JUSNATURALISTAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	21
1.3 UNIDADE E PLURALIDADE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE: O PROBLEMA DA FRAGMENTAÇÃO.....	33
1.4 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE: A INALIENABILIDADE E A INDISPONIBILIDADE A PARTIR DE UM ESTUDO DE CASOS.....	41
CAPÍTULO II. IMAGEM, PRIVACIDADE E LIBERDADES ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO	49
2.1 LIBERDADES DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA.....	49
2.2 A TENSÃO ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: PONDERANDO DIREITOS.....	56
2.3 O DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM E O DIREITO À PRIVACIDADE EM LOCAIS PÚBLICOS: MERO <i>DELÍRIO</i> OU QUESTÃO DE DIREITO?.....	61
2.3.1 A IMAGEM DO INDIVÍDUO NA MULTIDÃO.....	74
2.4 O HOMEM PÚBLICO, O INTERESSE PÚBLICO E O ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR.....	77
2.5 A RETÓRICA DO INTERESSE PÚBLICO.....	102
2.6 A LIBERDADE, A (IN)SEGURANÇA E O ESTADO DE VIGILÂNCIA.....	106
2.6. 1 A VIDEOVIGILÂNCIA UTILIZADA PELO ESTADO.....	117
CAPÍTULO III. O DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM	123
3.1 AFINAL, O QUE É IMAGEM?.....	123
3.1.1 A IMAGEM-ATRIBUTO: TEORIZAÇÃO E CRÍTICA.....	129

3.2 OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA CONSTRUÇÃO DO DIREITO À IMAGEM E A SUA AUTONOMIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL.....	137
3.2.1 A IMAGEM E O DIREITO À HONRA.....	139
3.2.2 A IMAGEM E O DIREITO À PRIVACIDADE.....	142
3.3 O EXERCÍCIO DO DIREITO À IMAGEM: ESTRUTURA E ÂMBITO DE PROTEÇÃO NORMATIVO-CONSTITUCIONAL.....	148
3.3.1 ESTRUTURA DO DIREITO À IMAGEM: CONCEPÇÕES DUALISTA E MONISTA.....	154
3.3.2 O NÚCLEO DE EXERCÍCIO DO DIREITO À IMAGEM.....	159
3.3.3 A EXPLORAÇÃO COMERCIAL DA IMAGEM.....	175
3.4 O DIREITO À IMAGEM E OS FATOS CRIMINOSOS DIVULGADOS PELA IMPrensa: A PERSPECTIVA DO <i>SUSPEITO</i> , DO ACUSADO JUDICIALMENTE E DA VÍTIMA.....	182
3.4.1 O DIREITO À IMAGEM DA VÍTIMA.....	183
3.4.2 O DIREITO À IMAGEM DO <i>SUSPEITO</i> E DO CONDENADO JUDICIALMENTE.....	188
3.5 A TUTELA JURÍDICA DO VALOR EXISTENCIAL DA IMAGEM.....	199
3.5.1 A TUTELA REPRESSIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	200
3.5.2 A TUTELA PREVENTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	209
CONCLUSÃO	212
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	216

INTRODUÇÃO

A liberdade, em suas múltiplas dimensões políticas e jurídicas, constitui um dos alicerces sobre os quais repousam as democracias contemporâneas. As liberdades de expressão e de informação se desdobram em outras liberdades entre as quais a liberdade de imprensa e de comunicação.

Para os fundadores das democracias liberais, as quatro liberdades clássicas (liberdade religiosa, de pensamento, de expressão e de associação) foram essenciais na luta ao pleno desenvolvimento do homem moderno. No entanto, a expansão dessas liberdades acabou por perturbar e atingir a essência desse mesmo homem.

Os direitos de personalidade surgem no processo civilizatório moderno como afirmação da liberdade, mas para promover a proteção do indivíduo, também servem como limites à liberdade e seus excessos.

Esta dissertação parte do pressuposto dessas dualidades que marcam a sociedade e o indivíduo, e se refletem sobre os direitos à sua imagem e privacidade. Considera-se que tais dualidades promovem um embate de valores, interesses e posições, em sociedades complexas, em que o individualismo egocêntrico e o eudemonismo orientam os comportamentos individuais, bem como moldam os espaços da política, do público e do privado.

No Brasil, este debate ingressa tardiamente, em virtude do caráter autoritário das estruturas políticas coloniais, até períodos recentes, mas a discussão ganha relevo e se modifica com a ascensão vertiginosa da comunicação de massa e o processo da Constituinte iniciado após 1984.

Nessa conjuntura, o arcabouço jurídico-constitucional que conduz o direito brasileiro ao leito da democracia liberal é contemporâneo ao impacto dos meios de comunicação de massa na vida dos cidadãos.

Abre-se, nesse momento, uma nova perspectiva para a doutrina civilística brasileira, que retoma a discussão de temas conexos aos direitos da personalidade, tais como o interesse público e o direito público de informação.

Por conta disso, a dissertação, embora esteja demarcada por um enfoque eminentemente de direito privado, ao tratar dos direitos da personalidade à imagem e à privacidade, não poderia deixar de dialogar com o tratamento de questões que perpassam o espaço e o direito constitucional.

Também se apresenta necessário para a análise dos problemas jurídicos que atingem a personalidade, nessa perspectiva, discutir os fundamentos da democracia e dos direitos humanos na sociedade contemporânea.

Para tanto, pensamento de autores como Hanna Arendt e Celso Lafer dialogam com autores do direito civil como Paulo Mota Pinto, David Festas, Carlos Fernández Sessarego, Santos Cifuentes e Stefano Rodotà.

Como referências brasileiras do direito civil, foram utilizados como marcos teóricos, cada qual em recorte temático específico, Anderson Schreiber, Eroulths Cortiano Jr. e Elimar Szaniawski. Assinale-se que os problemas enfrentados pelas comunidades ocidentais passaram a ser discutidos de maneira muito similar, de modo que a leitura de autores estrangeiros muito contribui ao desenvolvimento do tema no Brasil.

Cumprir notar, nesse aspecto, que embora a dissertação não tenha por finalidade realizar um trabalho de direito comparado, é indispensável reconhecer a reafirmação do caráter universalista que os direitos da personalidade e a dignidade humana assumem, nas Constituições europeias, após a Segunda Guerra Mundial. Esse mesmo caráter jusnaturalista e universalista foi acolhido pela Constituição brasileira de 1988, no que se refere aos direitos fundamentais da personalidade.

No que concerne à estrutura, a dissertação desenvolve-se em três capítulos e se utiliza de casos concretos para discorrer os temas tratados no decorrer do texto e, de modo mais acentuado, no capítulo terceiro, são feitas análises mais cuidadosas de posicionamentos consignados nos tribunais brasileiros. Nesse capítulo, são contempladas questões de difícil solução, por conta da conexão íntima entre os padrões culturais da civilização contemporânea e os problemas decorrentes do exercício desmesurado das liberdades.

Com base na perspectiva de análise adotada e tomando como referência os problemas enfrentados pelo direito à imagem e à privacidade, na sociedade de

comunicação de massa, os capítulos se estruturaram em torno de bloco de questões a saber.

No capítulo primeiro, refletiu-se sobre as bases jusnaturalistas dos direitos da personalidade e sua aproximação teórica com os direitos humanos e direitos fundamentais. Discutiu-se a pertinência do fracionamento dos direitos da personalidade, em face da cláusula geral da dignidade humana, que supostamente daria conta de enfrentar a complexidade técnica da atualidade, a fim de tutelar a pessoa humana em sua integralidade. A base teórica sobre a qual se sustentam os direitos subjetivos foi colocada em evidência, para apontar a insuficiência das suas raízes patrimonialistas, sempre que em jogo situações jurídicas extrapatrimoniais.

No segundo capítulo, foi trazida à pauta a importância da liberdade de expressão e sua articulação com as liberdades de imprensa e de informação, para a efetiva consolidação e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Além do tratamento em abstrato que se deu à liberdade de imprensa, em que foram apontados conceitos doutrinários sobre ela, considerou-se essa liberdade “em relação”, isto é, foi a liberdade de imprensa repensada em hipóteses de colisão com o âmbito normativo dos direitos da personalidade, nomeadamente o direito à imagem e o direito à privacidade. Nessa parte, foram apontados excessos do direito de informar fundados no discurso retórico do interesse público e do contexto democrático.

Nesse passo, foram explicitados critérios utilizados pela imprensa para justificar o desequilíbrio que ela exerce no direito individual de autodeterminação informativa. E dessa maneira, questionaram-se os parâmetros enraizados na prática jornalística, que redundam na prevalência material da liberdade de expressão sobre os direitos da personalidade, como o critério do “lugar público” e da “pessoa pública”.

A ação do Estado, no que concerne ao uso desenfreado de câmaras de videovigilância, também foi posta em relevo diante da verificação que o discurso da segurança pública rende intervenções excessivas na esfera da personalidade.

No terceiro capítulo, foi delimitado o atributo da personalidade “imagem” como representação gráfica dos traços físicos da pessoa humana. Não obstante a teorização da “imagem-atributo” ecoar pela doutrina brasileira, questionou-se que sua proximidade com o atributo “honra” coloca em xeque a sua tutela no âmbito do

direito à imagem. Também a jurisprudência comumente confunde o direito à imagem, ora com o direito à honra, ora com o direito à privacidade.

Demonstrou-se que o direito autônomo à própria imagem possui forte proteção dos tribunais brasileiros, sempre que associada a publicação aos fins comerciais, mas quando veiculada com finalidade econômica não evidenciada, a efetividade desse direito não se mostra tão marcante pelo Judiciário, como ocorre nos casos de indivíduos envolvidos em notícias relacionadas a fatos criminosos.

Na análise da jurisprudência nacional, foi levado em conta, ainda, a experiência da doutrina estrangeira, o que levou à constatação que as decisões judiciais nem sempre levam em consideração o princípio da dignidade humana.

A universalidade dos padrões de proteção dos direitos da personalidade e a cultura da superficialidade, que leva ao culto da imagem como instrumento de linguagem por excelência na contemporaneidade, faz com que o estado da arte dos direitos da personalidade se encontre permanentemente questionado diante da fluidez e da rapidez dos padrões culturais, que afetam as sociedades ocidentais contemporâneas.

CAPÍTULO I

CONTORNOS ATUAIS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

1.1 ESCORÇO TEÓRICO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E O ESTADO DA ARTE DA MATÉRIA NO BRASIL

O Direito, historicamente preocupado com a proteção de situações do “ter”,¹ durante muito tempo relegou a um segundo plano a tutela da pessoa em si.

A proteção do indivíduo em seu aspecto físico, moral e intelectual, através dos direitos da personalidade, apenas recentemente veio a lume,² fato que estimula calorosos debates acerca da correta configuração e dos meios adequados para a tutela dos referidos direitos.

Conforme explica Castan Tobeñas, apoiado em Gierke e De Cupis, pode-se definir os direitos da personalidade como aqueles que, ao contrário dos direitos patrimoniais, “(...) garantizan al sujeto el señorío sobre una parte esencial de la propia personalidad, o bien aquellos que tienen por objeto los modos de ser, físicos o morales, de la persona”.³

Nesse sentido, Eroulths Cortiano Júnior sustenta que seriam objeto dos direitos da personalidade “(...) os diversos modos de ser, tanto físicos como morais, da pessoa. As projeções e atributos de sua personalidade. Protegendo-se aqueles,

¹ A esse respeito, cite-se o trabalho de Jussara Meirelles: MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.

² Destaque-se, aqui, a importância de movimentos como o da repersonalização do direito civil: “A excessiva preocupação com o patrimônio, que ditou a estrutura dos institutos basilares do Direito Civil, não encontra resposta na realidade contemporânea, mais voltada ao ser humano na sua total dimensão ontológica, cujos interesses de cunho pessoal se sobrepõem à mera abstração que o situava como simples pólo de relação jurídica.” MEIRELLES, op. cit., p. 111.

³ TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952. p. 7-8.

protege-se esta. Protegida esta, tem o homem a condição de viver com a necessária dignidade para alcançar suas aspirações”.⁴

A partir de uma análise dos textos científicos dos últimos dez anos sobre a matéria, é possível constatar um “estado-da-arte” dos direitos da personalidade na doutrina brasileira que estende suas polêmicas e embates de posicionamentos variados, inevitavelmente, aos tribunais, conforme se desdobrará nas linhas que se seguem.

Para compreender as consequências de se considerar os direitos da personalidade como uma espécie de direito subjetivo deve-se, de um modo bastante breve, digressionar acerca da categoria jurídica dos direitos subjetivos.

O direito subjetivo é uma abstração jurídica formulada pela Escola Pandectística Alemã para a proteção de direitos patrimoniais, especialmente o direito de propriedade.⁵

Mota Pinto leciona que podemos definir direito subjetivo como “(...) o poder de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (acção) ou negativo (abstenção ou omissão).”⁶ Como podemos depreender dessa definição, ao referido direito contrapõe-se um dever jurídico da outra parte (dever de “fazer” ou de “não-fazer”).

Percebe-se que o direito subjetivo, do modo como é apresentado, implica a existência de uma relação. Não há direito subjetivo senão no âmbito de uma relação jurídica, isto significa que deve haver ao menos dois sujeitos de direito (sujeito passivo e sujeito ativo), e que deve, também, necessariamente haver um objeto determinado sob o qual incidirá o direito subjetivo.

Ao enquadrar os direitos da personalidade na categoria dos direitos subjetivos, ao menos três situações, que decorrem dessa escolha, merecem destaque.

⁴ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Direitos da Personalidade:** direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver. 1993. 149 f. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1993. p. 9.

⁵ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil:** estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 44.

⁶ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil.** 3.ed.. 5ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 172.

A primeira situação diz respeito ao fato de a categoria dos direitos subjetivos ter sido pensada para a proteção de direitos patrimoniais. Ora, ao se considerar os direitos da personalidade como espécie de direitos subjetivos, tacitamente concordar-se que à integridade física, moral e intelectual das pessoas deve ser dada a mesma proteção que é oferecida ao titular de um direito de propriedade ou de crédito, por exemplo.

A segunda situação que desperta a atenção é o fato de o direito subjetivo implicar a ideia de relação jurídica. Sendo o direito da personalidade um direito subjetivo, ter-se-ia uma relação jurídica na qual no polo ativo figuraria o titular do direito da personalidade e, no polo passivo, o sujeito passivo universal.

Tal concepção ressalta o caráter absoluto dos direitos de personalidade, mas relega a um segundo plano a indisponibilidade desses direitos devido ao fato de não demonstrar qual o seu comportamento quando fora de uma relação jurídica.

A terceira situação está intrinsecamente ligada a segunda e diz respeito à fixação do objeto do direito subjetivo da personalidade. Os direitos subjetivos patrimoniais têm como titulares pessoas e como objeto bens jurídicos externos ao sujeito. Os direitos subjetivos da personalidade, por sua vez, têm como titulares as pessoas e como objeto a própria pessoa. Tal característica criou um impasse que dividiu a doutrina por muito tempo.⁷

As três situações em destaque levaram parte da doutrina⁸ a questionar a concepção tradicional dos direitos da personalidade e a trabalhar no sentido de formular propostas mais adequadas de configuração jurídica desses direitos.

Um dos primeiros autores que criticou de forma contundente e que apresentou propostas para a superação da concepção tradicional de direitos da personalidade como direitos subjetivos foi Pietro Perlingieri.

Perlingieri afirma que, à matéria dos direitos da personalidade, “(...) não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do ‘ter’. Na categoria do

⁷ “Os autores que primeiramente os admitiram na Alemanha tiveram de vencer a oposição de Savigny, que se insurgia contra a existência de direitos originários, ao considerar falso o princípio de um direito do homem sobre sua pessoa, o qual conduziria, entre outras consequências, a legitimar o suicídio.” GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 149.

⁸ Cite-se por todos: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

‘ser’ não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica.”⁹

Esse autor entende que a tutela da pessoa deve ser ampla, capaz de proteger o sujeito como um todo. Isso seria possível através de um complexo de situações subjetivas existenciais que tutelariam a personalidade enquanto “*valor fundamental do ordenamento*” e não mero direito. Não haveria um número fechado de hipóteses previstas enquanto direitos subjetivos a serem tutelados, tutelar-se-ia o valor da pessoa (personalidade) sem limites.¹⁰

Na linha do que defende Perlingieri, Danilo Doneda afirma que tutelar a pessoa, valor imprescindível e fundamental do ordenamento, “(...) através de uma categoria cujo campo tradicional de aplicação é a tutela dos direitos patrimoniais seria, a priori, um fator limitador de sua atuação.”¹¹

Danilo Doneda sustenta que devido ao fato de ser pensada para a proteção de situações patrimoniais, a categoria dos direitos subjetivos não é uma “*categoria neutra*”¹² e, portanto, é inapropriada para a proteção do valor personalidade.

Eroulths Cortiano Junior também se manifestou criticamente a respeito da concepção tradicional¹³ e alertou para a necessidade de superá-la, a fim de deslocar seus componentes políticos-ideológicos que sustentavam a concepção de “homem-proprietário”:

A concepção do direito de propriedade como expansividade do sujeito de direito é digna de crítica, e a renovação deste modelo, que principia na ideia de função social, prossegue na repersonalização do direito. A abstração conceitual pretendeu dominar a realidade; vem a hora de a realidade informar a abstração legal. Como não é possível mais ‘equacionar problemas com formulação de *soluções*

⁹ Ibid., p. 155.

¹⁰ Ibid., p. 155-156.

¹¹ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 45.

¹² Ibid., p. 44.

¹³ “Jogou-se os direitos da personalidade na mesma vala comum daqueles direitos reais e obrigacionais, com parcas modificações. Tratou-se então estes importantes direitos como um terceiro gênero de direito subjetivo, que se classificava como extrapatrimonial, mas absoluto (e, além disso, com outra diferenciação: direitos inatos ao homem).” CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 35.

abstratamente consideradas a partir de generalidades', impõe-se a busca da concretude, busca que só pode findar no encontro da pessoa humana ocupando aquele lugar que até agora foi destinado ao abstrato.¹⁴

Destaca-se o trabalho do referido professor, pois se apresenta uma nova proposta de superação da concepção tradicional de direitos da personalidade. De acordo com Cortiano Junior, o cerne da questão está em garantir à pessoa a possibilidade de afastar de sua esfera privada intrusões prejudiciais, que podem ser cometidas tanto pelo poder político (Estado) quanto por outros particulares (indivíduos).¹⁵

Relembra o autor que, tradicionalmente, a expressão liberdade vincula-se à ideia de uma esfera não violável pelo Estado, enquanto a expressão *direito subjetivo* vincula-se à ideia de poder do indivíduo de fazer valer, em relação com outros particulares, os direitos que lhe são assegurados pelo direito objetivo, como uma esfera não violável por outros particulares.¹⁶ Com base nisso, o autor sustenta que:

Uma moderna concepção de direito, que leva em conta seu comprometimento social e a valoração dos aspectos existenciais do homem, não pode abrir mão de fazer reencontrar as noções de liberdade pública e direito subjetivo (o que importa no entendimento dos direitos da personalidade como vinculantes do comportamento tanto do Estado como dos particulares) e, também, de dar uma nova roupagem ao tratamento dos direitos subjetivos.¹⁷

Conclui o autor que a dita reunião das noções de direito subjetivo e liberdade pública asseguraria uma ampla proteção à pessoa humana e garantiria os direitos da personalidade como categoria anterior e superior ao Estado¹⁸, devendo ser respeitada e garantida por este, portanto.¹⁹

¹⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 163. Grifos no original.

¹⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 49.

¹⁶ Ibid., p. 48-49.

¹⁷ Ibid., p. 49.

¹⁸ José Antônio Peres Gediel, ao analisar o direito à integridade física, demonstra partilhar dessa posição: "Sob a ótica do direito subjetivo, direito á integridade física significa que o titular detém um poder de oposição em relação aos demais sujeitos, para os quais resulta o

Ainda, no intuito de estabelecer o “estado-da-arte” dos direitos da personalidade, é forçoso reconhecer outros interessantes enfoques acerca do tema.

Os estudos mais correntes e marcantes ocorridos no âmbito acadêmico dizem respeito aos aspectos personalíssimos da imagem, da privacidade, da vida e da liberdade de expressão, o que é facilmente compreensível em razão da experiência hodierna vivenciada, com a intensa capitalização dos meios de comunicação e entretenimento, além das polêmicas de caráter filosófico e jurídico suscitadas pela engenharia genética.

A dogmática civilista ganha relevo no que se refere ao enfrentamento das questões de Direito Privado, a partir de uma filtragem constitucional. Assim, a Constituição Federal e os institutos eminentemente publicistas são aplicados diretamente aos conflitos decorrentes das relações entre particulares, como novo método de resolução, sem se atentar para a relevância de procurar previamente soluções para um dado caso concreto no âmbito do Direito Privado.

Em decorrência dessa perspectiva civil-constitucional, os direitos da personalidade “(...) passam a ser também compreendidos sob a óptica dos direitos fundamentais (...). Esse novo método traz para o Direito Privado uma série de problemas teóricos, que não podem ser resolvidos por simplificações ou pela redução de conceitos a uma terminologia constitucional pura e simples.”²⁰

Destarte, a personalidade, entendida como concepção que reflete o próprio ser humano, apresenta-se consubstanciada em noção pré-normativa, tão somente reconhecida pelo ordenamento jurídico.

dever negativo de não realizar ações lesivas em relação ao corpo de outrem. A par disso, atribui deveres especiais de proteção que recaem sobre seu titular e sobre o Estado.” GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 82.

¹⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulth. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 50.

²⁰ MIRANDA, Jorge; RODRIGUEZ JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUEZ JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas. 2012. p. 12.

1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS: CONTINUIDADE E RUPTURA DAS RAÍZES JUSNATURALISTAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Para a escola jusnaturalista, que funcionou como pressuposto filosófico do Estado liberal, o homem, indistintamente, possui determinados direitos inatos, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade, ao livre desenvolvimento da personalidade, de maneira independente da vontade do Estado, ou mesmo de sua própria vontade. Logo, à época, existia uma categoria abrangente de direitos do homem.

Já no Estado moderno, a Declaração de 1789, elaborada pela Assembleia Constituinte da França, optou pela referência aos “Direitos do Homem e do Cidadão”. No século XX, a Declaração das Nações Unidas de 1948 valeu-se da expressão “Direitos Humanos”.

No Brasil, a Constituição de 1988 empregou o termo “Direitos e Garantias Fundamentais”. Por sua vez, o Código Civil brasileiro de 2002 possui um capítulo destinado aos “Direitos da Personalidade”.

Afinal, existe alguma distinção estrutural entre as referidas expressões? Se sim, quais? Para tanto, neste tópico, considerar-se-ão as principais características dos *direitos de personalidade*, dos *direitos fundamentais* e dos *direitos humanos*, de modo a compreendê-los cada qual em suas *sedes materiae*, sem confundi-los, mas também sem traçar um excessivo distanciamento que implique recusa à intersecção meritória entre eles.

Antes, passa-se à breve análise contextual dos modelos de constituição, para então discutir as categorias de direitos que se dirigem, diretamente, à proteção de direitos do homem e seus atributos.

Em apertada síntese, é possível fazer alusão a dois modelos constitucionais em que se permite identificar um conteúdo jurídico civil.

No primeiro modelo, correspondente à clássica noção das Constituições liberais, eram as Constituições conhecidas como cartas políticas, já que equivaliam a proclamações do substrato político sobre o qual se instalaria o Estado. Bastava-se, essencialmente, em definições relativas às formas de Estado e de governo, além do sistema político.

As primeiras Constituições apresentavam-se com conteúdo mínimo, pois se restringiam em organizar o poder estatal, definir competências e estabelecer garantias para os cidadãos, funcionando como liberdades negativas, de maneira tal que o Estado deveria se abster de atuar, ou seja, ao poder estatal era imposto o dever de não agir ou interferir no âmbito das relações sociais privadas. Quando muito, as matérias de Direito Privado imersas no texto constitucional clássico eram reduzidas e apenas declarativas, mais comumente relacionadas ao direito de propriedade.

Por sua vez, o modelo das constituições hodiernas deixa de se dedicar com exclusividade às questões de direito público, para encampar temas inegavelmente privados, como é o caso da Constituição de 1988, que, não por acaso, é amplamente denominada de Constituição Cidadã.

A Constituição maximalista, dessa segunda e atual perspectiva, torna-se fonte do Direito Privado, com normas jurídicas de eficácia plena e aplicação direta às relações entre particulares. Os direitos fundamentais nela referidos apresentam conteúdo tipicamente privado. As Constituições contemporâneas não se satisfazem em garantir liberdades negativas, ao contrário, tendem a incorporar normas que exigem conduta afirmativa do Estado.

A dignidade da pessoa humana torna-se valor que permeia todo o texto constitucional, como é o caso da Constituição Federal de 1988, a qual, inclusive eleva tal valor ao *status* de fundamento do próprio Estado brasileiro. Com dignidade de norma fundamental, uma série de direitos do Homem foram internalizados na carta constitucional contemporânea.

A ideia de que a dignidade humana consiste em uma imposição ontológica é consolidada, não sendo a dignidade criatura do ordenamento jurídico, mas ao contrário, ela é realidade preexistente ao Direito, pois inerente à existência humana.

Nesse cenário, ganham relevância controvérsias sobre a identidade (ou não) entre direitos fundamentais, direitos humanos e direitos da personalidade, além da correlação desses direitos, quanto à origem, ao direito natural.

Assim, ao Estado Liberal impunha-se o dever de não invadir o núcleo dos mencionados direitos privados, à época considerados direitos naturais. E mais, cumpria-lhe ainda a obrigação de garantir a tutela contra eventual intromissão na

esfera privada por outros particulares. Nesses termos, o saudoso Norberto Bobbio sintetiza com sua rotineira clareza:

Pode-se definir o jusnaturalismo como a doutrina segundo a qual existem leis não postas pela vontade humana – que por isso mesmo precedem à formação de todo grupo social e são reconhecíveis através da pesquisa racional – das quais derivam, como em toda e qualquer lei moral ou jurídica, direitos e deveres que são, pelo próprio fato de serem derivados de uma lei natural, direitos e deveres naturais.²¹

Não por outra linha de pensamento, Locke, considerado um dos precursores do liberalismo moderno, originariamente sustentava que no estado de natureza, estágio pré-social e pré-político, os homens viviam na mais perfeita liberdade e igualdade, segundo as leis naturais. Essa descrição fantástica de um estado originário se passa para justificar justamente os limites que o poder estatal deveria observar.

A pressuposição de que o Homem tem direitos superiores ao próprio soberano e que a este incumbe guardá-los seguros da intromissão de terceiros é que sustenta a ideia dos direitos naturais.

Para reflexão dos direitos naturais, importa trazer em voga, além do Estado liberal mínimo, o qual historicamente resulta da ruptura promovida pelas Revoluções Burguesas dos séculos XVII e XVIII em face do absolutismo seiscentista, o Estado de Direito – também concebido pelo liberalismo – que não se confunde com aqueles, mas também não se contrapõe.

Num exercício lógico, poder-se-ia esclarecer que o Estado de Direito contrapõe-se ao Estado absoluto, enquanto que o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo. Nas palavras de Bobbio, “(...) o Estado liberal se afirma na luta contra o Estado absoluto em defesa do Estado de Direito e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo, ainda que nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e praticamente.”²²

No âmbito do Estado de Direito, tem-se que o poder estatal está submetido às normas gerais prescritas em direitos fundamentais constitucionais. Assim, existe,

²¹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988. p. 12.

nesse contexto, um governo de leis, numa relação antagônica com governo dos homens, o que quer dizer que o governante não se sujeita estritamente às leis legisladas, mas antes aos direitos naturais, os quais foram constitucionalizados.

Wilhelm Von Humboldt, partindo do ideal liberal, tendo como premissa o individualismo exacerbado do século XVIII, funcionaliza o Estado em relação aos Direitos do Homem, afirmando que objetivo real deste é a busca pela concretização do desenvolvimento de suas faculdades, sendo aquele instrumento para tanto.

Cumprir observar, todavia, que, ao mesmo tempo em que coloca o homem no centro da vida material e jurídica, também admite limitações ao exercício do desenvolvimento de sua personalidade, ao asseverar que o Estado não deve adentrar na órbita privada, exceto se houver violação ao direito legítimo de outro. Para ele,

O homem verdadeiramente razoável não pode desejar outro Estado que não aquele no qual cada indivíduo possa gozar da mais ilimitada liberdade de desenvolver a si mesmo, em sua singularidade inconfundível, e a natureza física não receba das mãos do homem outra forma que não a que cada indivíduo, na medida de suas carências e inclinações, a ela pode dar por seu livre-arbítrio, com as únicas restrições que derivam dos limites de suas forças e de seu direito.²³

Portanto, para Humboldt, cujas reflexões estavam impregnadas de ideais liberais oitocentistas, o Estado, mediante atuações essencialmente abstencionistas em face das relações entre cidadãos, estava incumbido na função de garantir ao homem condições para que se realizasse em suas próprias individualidades, em decorrência do direito inato do Homem.

Até aqui ficou clara a diversidade de categorias conexas que aludem aos direitos da pessoa humana. O jusnaturalismo tratou os direitos do Homem como direitos naturais, inatos, originários ou primitivos, os quais decorrem da própria natureza humana, contrapondo-se àqueles construídos e adquiridos em função da coexistência em sociedade. Para os jusnaturalistas, os direitos fundamentais consistiram em direitos naturais constitucionalizados, com o objetivo de assegurar ao indivíduo uma autonomia da vontade ampla, livre de interferências estatais.

²² Ibid., p. 18.

Segundo entendimento de José de Oliveira Ascensão, é satisfatória a solução dada pelas grandes declarações de direitos, segundo as quais utilizam a expressão “Direitos do Homem” para contemplar as categorias dos direitos inatos da filosofia jusnaturalista e dos direitos historicamente adquiridos pelo homem imerso nas relações sociais.²⁴ Em termos conceituais, Ingo Wolfgang Sarlet, reconhecido estudioso do tema, distingue direitos humanos de direitos fundamentais, com os seguintes argumentos:

Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por se referir àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).²⁵

Para Ricardo Lorenzetti, os direitos humanos determinam a própria condição do homem, enquanto que os direitos fundamentais dizem respeito às normas constituintes do ordenamento jurídico.²⁶

Sublinhe-se que todos esses direitos – direitos humanos, direitos fundamentais e direitos de personalidade – dizem respeito à proteção jurídica da pessoa humana. O que os caracteriza e os torna peculiar um em relação ao outro é que cada qual possui *sedes materiae* própria, manifestando-se em níveis diferentes.

Nesse sentido, cita-se Anderson Schreiber, para quem os “direitos humanos” estão em nível de regulamentação internacional; a locução “direitos fundamentais” é comumente adotada para designar os direitos previstos em uma Constituição; por direitos da personalidade entendem-se os direitos inerentes à

²³ *Apud* BOBBIO, op. cit., p. 24.

²⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1. p. 66.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-36.

pessoa humana e seus atributos – imagem, honra, privacidade, voz, etc – quando a proteção da pessoa reside no âmbito das relações privadas, sem restar prejudicada a alusão, para adequada tutela, às fundamentações constantes do plano constitucional e internacional (tratados).²⁷

Em nível internacional, os direitos humanos se materializam mediante tratados que determinam obrigações objetivas a serem implementadas pela comunidade internacional e, transcendendo o interesse privado, almejam dar concretude ao interesse geral.

Para Cançado Trindade, são questionáveis as pretensões dos intérpretes em equiparar os tratados de direitos humanos com os demais instrumentos internacionais, pois não caberia ao Estado impor restrições àqueles documentos. Isso, pois, os tratados de direitos humanos não versam sobre interesses do Estado, mas antes, sobre valores superiores e indisponíveis conexos à dignidade humana.²⁸

O conteúdo visado pelos direitos da personalidade diz respeito aos atributos intrínsecos à pessoa humana, tais como a vida, a saúde, a imagem, a honra, a liberdade, a privacidade. Já o conteúdo dos direitos fundamentais varia conforme a política legislativa do país a que se refere, trazendo em seu conteúdo também elementos extrínsecos à pessoa humana, que contribuem por via indireta ao desenvolvimento e bem-estar humano,²⁹ aproximando-se do conteúdo dos direitos humanos. Nesse passo, observa Ingo Sarlet:

Objeto último, em todos os casos referidos, é sempre a proteção da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o que pode ser exemplificado pelo direito ao meio ambiente. Este, em que pese a habitual (embora não-cogente) presença do interesse coletivo ou difuso, não deixa de objetivar a proteção da vida e da qualidade de vida do homem na sua individualidade.³⁰

²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Las normas fundamentales de Derecho Privado**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995. p. 156.

²⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 13.

²⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999. v. 2.

²⁹ Tanto que na Constituição brasileira de 1988, inseriu-se no rol de direitos fundamentais, por exemplo, o direito à herança e o direito de propriedade.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 55.

No que concerne ao ponto em comum entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, Ingo Sarlet explica:

Com efeito, os direitos fundamentais nasceram como direitos naturais e inalienáveis do homem, sob o aspecto de expressão de sua condição humana. Assim, fala-se de uma universalidade abstrata dos direitos fundamentais, no sentido de que eram reconhecidos a todos os homens, situando-se numa dimensão pré-estatal, integrando-se ao direito interno apenas mediante seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva de determinado Estado, desvinculando-se, nesta segunda etapa da evolução histórica, de sua dimensão abstratamente universal.³¹

A regulação dos direitos humanos, por ocorrer em nível internacional, depende do consenso dos vários Estados, e, por isso, pode haver diferenças ao que prescrevem nas suas Constituições, no que tange ao conteúdo dos direitos fundamentais. A pretensão universalizante dos direitos humanos enseja muitos apontamentos críticos, questionando-se, sobretudo, a existência desse homem universal e abstrato, presente nas principais Declarações de Direitos.

Anote-se que foi com T. Paine (1737-1809), um dos principais nomes do iluminismo jusnaturalista na América, que a locução “direitos do homem” foi popularizada, em substituição da expressão “direitos naturais”.³² Segundo Bobbio, foi Kant quem melhor esclareceu, naquele momento histórico, o conteúdo dos direitos humanos, afirmando que todos os direitos seriam decorrência do direito à liberdade – “o maior dos direitos naturais” –, sendo o homem titular desse direito em razão da sua própria existência e que estaria ele limitado somente pela liberdade dos demais indivíduos iguais e livres.

A Declaração de Direitos Humanos da ONU, datada de 1948, dispõe, em seu artigo I, que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” Assim como a redação desse artigo, os demais dispositivos asseguram uma série de “direitos humanos” a um homem a-histórico e atemporal.

Mas será possível a existência desse homem, deslocado da sociedade na

³¹ Ibid., p. 57.

³² Ibid., p. 41.

qual vive, considerado isolada e abstratamente titular de direitos inatos e naturais?

Para Hanna Arendt, a afirmação de que os direitos do homem são direitos naturais cuja titularidade resulta da própria condição humana, independentemente de fatores temporais, sociais, políticos, não se afigura a mais adequada, pois a significação dos direitos humanos resulta de uma conquista histórica. O conteúdo dos direitos humanos, para ela, não consiste em um dado da natureza ou da racionalidade. Entende Arendt, na obra *On Revolution*:

(...) que os homens não nascem iguais nem são criados igualmente por obra da natureza – daquilo que é dado por ser *physis*. É a *polis*, por meio de lei, isto é, do *nomos* – a acepção ampla de norma, costume, opinião e maneira de pensar, termo que em Hanna Arendt opõe-se dicotomicamente a *physis* – que faz surgir uma ordem igualitária, sendo esta, portanto, um construído convencional.³³

Confira-se a recusa de Hanna Arendt ao jusnaturalismo, explicada por Celso Lafer:

(...) a análise arendtiana ilumina como os direitos humanos não são, na linha de pensamento que remonta Platão, uma medida externa à *polis*, ou seja, um *dado*. São um *construído*, uma invenção ligada à organização da comunidade política, que na experiência européia foi mais ou menos duradoura em função das vicissitudes históricas derivadas da aplicação do princípio das nacionalidades na estruturação do Estado.³⁴

Considerando-se o homem como ser social, ou, na expressão de Aristóteles, “animal social”, as escolas historicista, marxista e culturalista admitem uma multiplicidade de direitos humanos, cujos conteúdos são preenchidos conforme o contexto cultural, temporal e histórico, a depender da corrente, levando em conta, portanto, particularidades do homem concreto, sem atribuir um caráter universal e atemporal a esses direitos.

A Escola Histórica de Direito surgiu na Alemanha no final do século XVIII e tem como grande expoente nada menos que Carl Von Savigny. Entendia o direito como produto de um processo histórico, constituído pela vontade comum do povo,

³³ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 7ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988 (2009). p. 125.

³⁴ Ibid., p. 134.

no âmbito da vida concreta, em contraposição à filosofia iluminista, que defende um direito geral decorrente da razão humana em abstrato. Nesse sentido, José Adércio Leite Sampaio assevera:

(...) o direito era visto, nessa escola como produto da elaboração dos povos, de sua vontade, na sedimentação que só o tempo haveria de conferir a existência, e nunca um produto da razão apriorística ou de qualquer princípio jusnaturalista (...) o povo vive o direito como uma necessidade própria de coexistência, fonte última de juridicidade. É mesmo nessa vivência ou nas “relações concretas da vida” que habitam os institutos jurídicos e os costumes. E é a partir deles que as regras podem ser intuídas, não sendo deduzidas de algum campo racional abstrato. Não há, portanto, um conjunto de preceitos imutáveis e universais, pois somente existe o direito positivo que³⁵ resulta do espírito de cada povo situado no tempo e no espaço.

Nessa ótica, homem está imerso nas relações sociais concretas, em espaço e tempo determinados. Não existe um homem só, em termos temporais, na medida em que ele possui valores, necessidades e direitos que variam de acordo com a sociedade e a época dentro das quais está inserido. É nesta perspectiva que se critica o ato presunçoso de determinadas comunidades ou grupos sociais específicos em impor direitos supostamente universais a todos os homens, com a pretensão astuciosa, ou mesmo ingênua, de resolver todos os problemas, independentemente da sociedade e tempo em que ocupam.

A Escola Marxista também aponta, em tom crítico, o caráter geral e abstrato dos direitos humanos, mas com enfoque na luta de classes. Aduziu Marx que “Os direitos do homem nada são além dos direitos do membro da sociedade burguesa, ou seja, do homem egoísta, do homem separado do outro homem e da comunidade.”³⁶ Para ilustrar, o direito de propriedade está prescrito nas principais Declarações de Direitos Humanos, adquirindo dignidade de direitos humanos, portanto.

³⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 37.

³⁶ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 114.

Mas o direito de propriedade, observa Marx, não é um direito universal do Homem. Os direitos humanos, nesse passo, assumem uma faceta eminentemente individualista que serve à tutela jurídica e ideológica dos interesses de uma classe.

Em outras palavras, o direito de propriedade consistia em um direito resguardado pela (e para) a classe política e econômica dominante, a burguesia ascendente do século XVIII, que prescreveu esse direito na primeira Declaração de Direitos do Homem, em 1789, perdurando com tal *status* nas Cartas de Direitos Humanos subsequentes: artigo XXIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1791; artigo 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, também elaborada em 1948; artigo 21 do Pacto de San José da Costa Rica.³⁷

Ressalta-se que, embora os direitos ditos humanos e previstos nessas cartas internacionais tenham sido moldados em contexto político de ascensão burguesa, marcado por exacerbado individualismo e abstracionismo, a abordagem desses direitos foi revisitada, notadamente após a Segunda Grande Guerra, para o fim de “redescobrir” o indivíduo, reconhecendo-o em suas diferenças e atribuindo conteúdo axiológico. Nesse sentido, merecido destacar as reflexões dos professores José Lamartine Oliveira e Francisco Muniz:

Em uma visão positivista, normativista, formalista, da pessoa e da própria ordem jurídica, ao contrário, termina-se por reduzir a noção de pessoa a um centro de imputação de direitos e deveres, e a atribuir-se um sentido idêntico às noções de pessoa e sujeito de direitos. Em uma visão personalista, o ordenamento jurídico, ao construir dentro do sistema a noção de personalidade, assume uma noção pré-normativa, a noção de pessoa humana, faz de tal noção uma noção aceita pela ordem positiva. Não a assume nem a aceita pela ordem positiva. Não a assume nem a aceita porém no mesmo sentido de pura aceitação da realidade externa com que aceita e assume a qualidade de objetos, de coisas, que têm uma árvore ou um animal. É que, no caso do ser humano, o dado preexistente à ordem legislada não é um dado apenas ontológico, que radique no plano do ser, ele é também axiológico. E ser e valer estão intimamente ligados, em síntese indissolúvel, eis que o valor está, no caso, inserido no ser. O homem vale, tem a excepcional e primacial dignidade de que estamos a falar porque é. E é inconcebível que um

³⁷ Principal documento do sistema interamericano, foi celebrado em 1969, porém ratificado no Brasil somente em 1992, pelo Decreto Presidencial 678/92, quatro anos após a nova ordem constitucional brasileira.

ser humano seja sem valer. Por isso mesmo, a personalidade é uma noção insuscetível de gradações ou restrições.³⁸

No que concerne à crítica refletida pela escola culturalista acerca dos direitos humanos nos moldes vigentes, apresentam-se questionamentos em defesa da pluralidade de culturas, de modo que soa opressor qualquer comportamento no sentido de universalizar, ostensivamente, determinados direitos considerados essenciais para uma dada sociedade.

O discurso crítico culturalista também é dirigido à liberdade de imprensa, que também ganha *status* de direitos humanos, já que essa digníssima liberdade “(...) não tem a menor importância para um camponês faminto e para algum analfabeto de um algum vilarejo sul-americano. Enfim, os direitos não são para todos, são direitos que só poucos podem concretizar.”³⁹ Ou como escreveu Costas Douzinas:

De que adianta o direito abstrato à vida ou à liberdade de expressão e de imprensa às vítimas de fome e da guerra ou às pessoas incapazes de ler por falta de recursos educacionais? De que adianta proclamar o direito à saúde em um lugar como Haiti, onde um hospital básico atende a mais de dois milhões de pessoas e pacientes de AIDS são rotineiramente dispensados por não poderem ser tratados devido à falta de recursos? As considerações de Burke, tecidas cerca de duzentos anos atrás, soam proféticas à luz dos fardos colocados sobre o mundo em desenvolvimento pela dívida imensa e má gestão, a corrupção e a ineficiência que acompanham a ajuda humanitária.⁴⁰

No caso brasileiro, os direitos da personalidade guardam estreita conexão com os direitos fundamentais da Constituição de 1988, mas estes são mais amplos que aqueles. O Código Civil de 2002 tutela expressamente os direitos personalíssimos à imagem, à privacidade, à honra, à integridade física e ao nome. O seu artigo 12 corresponde à cláusula geral da proteção da pessoa, em suas diversas manifestações e atributos da personalidade, já que faticamente impossível

³⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, n. 19, 1978-1980. p. 231.

³⁹ CARDOSO, Honoré Augusto. Uma contribuição filosófica à crítica da doutrina dos direitos humanos. Disponível em: < <http://www.slideshare.net/PSHON/critica-aos-direitos-humanos>>. Acesso em: 01 out. 2012.

ao legislador exaurir as situações jurídicas estabelecidas no mundo dos fatos.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 contempla, de forma expressa, como direitos fundamentais a maior parte dos atributos personalíssimos prescritos no Código Civil, como se observa da leitura do seu inciso X, que define a inviolabilidade da honra, da intimidade, da vida privada e da imagem. Quanto aos direitos da personalidade não previstos na Constituição Cidadã, tem-se a cláusula geral da dignidade da pessoa humana, valor este fundante de todo o Estado brasileiro, aplicando-se o mesmo raciocínio do artigo 12 do Código Civil, de modo a servir como mecanismo constitucional para a tutela do Homem em todas as facetas do desenvolvimento de sua personalidade.

Nessa ótica, pode-se considerar os direitos da personalidade como sendo parte integrante dos direitos fundamentais, já que previstos em sede constitucional. Ressalte-se, contudo, que o inverso não se passa, ou seja, nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade. Como já explicado, há, para além dos interesses de tutela extrapatrimonial da pessoa humana, outras questões que a Assembléia Constituinte desejou proteger, de ordem patrimonial, como se constata nos incisos XXII e XXX da Magna Carta, os quais tratam do direito de propriedade e direito de herança, e de ordem coletiva, como o direito fundamental à greve, nos termos do artigo 9º, *caput*.

Registra-se, em síntese, que, na doutrina, a dicotomia mais comumente apontada entre os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e direitos humanos consiste nos ramos do Direito dentro dos quais se inserem. Os direitos de personalidade orbitam no Direito Privado, enquanto que os direitos fundamentais e direitos humanos pertencem tipicamente ao âmbito do Direito Público, positivados em Constituições materiais e nas Declarações e Tratados internacionais.

No que tange às características em comum, são *perpétuos*, pois inerentes à existência da vida humana, iniciando-se com ela e findando-se, em regra, com a morte; *não patrimoniais*, porque possuem valor imediato intrínseco à pessoa humana, não sendo suscetível de avaliação monetária; *indisponíveis*, pois se tratam de direitos irrenunciáveis e intransmissíveis. Em outros termos, o ponto de intersecção entre esses direitos corresponde ao conteúdo, que contempla atributos

⁴⁰ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. 1.ed. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

personalíssimos essenciais à pessoa humana.

Conclui-se que, não obstante a pluralidade de nomenclaturas, conceitos, conteúdos e seus respectivos planos normativos, todos eles servem à proteção do mesmo valor, qual seja a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Diogo Leite de Campos assinala que “(...) o homem, anterior e superior à sociedade, exige desta o respeito total e incondicionado da sua dignidade. Independentemente da conjuntura histórica, do país, da época (...)”, sendo que a proteção plena do homem deve ocorrer de modo incondicionado a determinado sistema jurídico.⁴¹

Pode-se falar, nessa ótica, que há uma constitucionalização dos direitos naturais, isto é, passam a ser formalmente protegidos na medida em que estão positivados no ordenamento jurídico.

Sublinhe-se que o Estado de Direito possui, então, não apenas limites formais correspondentes ao direito positivo, mas, e principalmente, sua atuação está condicionada ao reconhecimento de limites materiais associados à dignidade humana, os quais traduzem um núcleo de direitos fundamentais previstos na Constituição considerados invioláveis. Com limites materiais, instala-se um Estado Democrático de Direito forte, do ponto de vista social e político, com mecanismos constitucionais para obstar o poder arbitrário de um Estado autoritário.

1.3 UNIDADE E PLURALIDADE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE: O PROBLEMA DA FRAGMENTAÇÃO

Não raro se encontra nas produções bibliográficas controvérsia resultante de duas acepções dos direitos da personalidade, quais sejam o *direito geral de personalidade* e os *direitos da personalidade tipificados*. Em uma realidade em constante mutação, deve-se ter cautela para que não haja uma aplicação descomprometida do valor da dignidade da pessoa humana, em razão da qual se resultaria em banalização do ressarcimento de danos à pessoa, quais sejam os

p. 165.

⁴¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 44.

“danos bagatelares”, em função do fracionamento da personalidade tendente ao infinito.

Analisando o disposto na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002, verifica-se que o legislador, na linha da teoria tipificadora capitaneada por Adriano de Cupis⁴², optou por uma proteção estratificada ao disciplinar alguns direitos especiais da personalidade. No Brasil, é necessário um esforço hermenêutico para a interpretação da lei em favor de uma cláusula geral da personalidade.

Ao contrário do que ocorre em Portugal e na Alemanha, inexistente, no ordenamento positivo brasileiro, uma cláusula geral expressa que satisfaça uma tutela geral da personalidade humana, situação que provoca, até os dias atuais, grande reflexão por parte dos pensadores pátrios. Nesses países, o “direito geral de personalidade” aparece expresso na previsão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, positivado no art. 26, nº 1 da Constituição da República Portuguesa, e no art. 2, parágrafo 1 da Lei Fundamental de Bonn.

O “direito geral de personalidade” é proveniente do direito alemão do segundo pós-guerra mundial, justificado em razão da traumática experiência de degradação dos direitos do homem que o nazismo instaurou. A cláusula geral da personalidade foi pensada para complementar a tutela oferecida pelos direitos especiais da personalidade previstos no Código Civil alemão (*BGB*).⁴³

Otto Von Gierke, ao final do século XIX, já projetava, no direito germânico, um direito geral de personalidade. Contudo, foi apenas em meados do século XX, com a positivação da intangibilidade da dignidade humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade nos artigos 1º e 2º da Lei Fundamental de Bonn, que houve a consolidação dessa cláusula geral no direito positivo alemão.⁴⁴

Na Alemanha, o desenvolvimento doutrinário e legislativo sobre o tema influenciou decisivamente a abordagem dos direitos da personalidade em Portugal.

⁴² Este autor defende a tutela específica de cada um dos direitos da personalidade, em oposição à ideia de que o direito geral da personalidade seria suficiente para a proteção da pessoa humana. CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

⁴³ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português: I Parte Geral**. Pessoas. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Tomo III. p. 44-46; 80.

⁴⁴ MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A**

Neste país, a legislação ecoou o que a doutrina portuguesa, apoiada na germânica, defendia, tornando-se, então, expresso, no direito português, o direito geral de personalidade.⁴⁵

Apesar de a doutrina brasileira repisar a temática dos direitos da personalidade, sob a ótica da cláusula geral, em reconhecimento do direito geral da personalidade, implícito no ordenamento jurídico nacional, parece que o legislador se orienta por outra banda, tendo em vista a ausência de um direito geral dessa ordem, nos moldes dos direitos alemão e português.

No que concerne à doutrina nacional, Francisco Muniz e José Lamartine Corrêa de Oliveira, no início da década de 1980, sustentaram insuficiência da proteção fracionada de direitos da personalidade, o que despertaria a necessidade da construção jurídica de uma categoria geral de proteção da personalidade. Nas palavras desses autores,

A tipologia que se pretende exaustiva não exaure a realidade e camufla o sentido único de toda problemática. Dessa primeira lição pode ser extraído o corolário da extrema dificuldade de uma adequada tutela jurisdicional da personalidade humana sem a introdução, no Direito legislado, de uma cláusula geral apta a, através da concreção, fornecer a base de uma jurisprudência coerente, mas suficientemente sensível para a solução das mais variadas hipóteses de lesão aos direitos da personalidade.⁴⁶

Segundo Elimar Szaniawski, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição de 1988, faz as vezes de “*uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo*”,⁴⁷ coadunando-se

constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 69-70.

⁴⁵ “Em Portugal, pelo menos desde o Código Civil de 1966 os direitos de personalidade, e também o direito geral de personalidade, são reconhecidos em geral, quase sem vozes discordantes.” Ibid., p. 71. O art. 26, nº 1, da Constituição da República Portuguesa garante o direito ao desenvolvimento da personalidade e o art. 70º, nº 1, do Código de Seabra (1966) dispõe: “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral” PORTUGAL. Decreto Lei nº 47 344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil Português. Disponível em: <http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral/leg_geral_docs/DL_47344_66_COD_CIVIL_1.htm#CODIGO_CIVIL_ARTIGO_70>. Acesso em: 02 nov. 2012.

⁴⁶ MUNIZ, Francisco; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. **Revista dos tribunais**, v. 532, p. 14.

⁴⁷ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. p. 137.

com o direito geral da personalidade prescrito nos ordenamentos da Alemanha e de Portugal.

Alinhando-se ao que defende Elimar Szaniawski, Gustavo Tepedino assevera que o direito geral da personalidade no Brasil encontra fundamento na própria Constituição, como se observa:

(...) a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento.⁴⁸

Esse é o posicionamento preponderante na doutrina civilística nacional. O debate sobre a existência do direito geral da personalidade no direito brasileiro, tendo se consolidado, já se mostra superado.⁴⁹

Com o intuito de progredir no estudo dos direitos da personalidade, impõe-se a reflexão no que se refere à interpretação e aplicação da referida cláusula geral. Em outros termos, importa debruçar-se sobre a articulação dessa cláusula geral, no direito brasileiro, isto é, como se apresenta e qual sua relação em face dos direitos especiais da personalidade.

O direito geral da personalidade é realidade que se impõe, em função das limitações que os direitos especiais da personalidade colocam à tutela da pessoa humana. A ideia de um direito geral de personalidade, como instrumento de preenchimento das lacunas deixadas pelos direitos especiais da personalidade, com o fim de proteger a pessoa humana em sua integridade, teve suas bases na doutrina alemã e se lança no direito brasileiro.⁵⁰

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1. p. 48.

⁴⁹ Cite-se por todos: SZANIAWSKI, Elimar, op. cit., p. 137; CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Direitos da Personalidade**: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver. 1993. 149 f. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1993.p. 17-20.

⁵⁰ Dentre os julgados que fazem menção expressa ao “direito geral de personalidade” ou à “cláusula geral de tutela da personalidade, podemos citar: BRASIL. Superior Tribunal de

36

Cumprе ressaltar, por outro lado, que o amplo acolhimento da cláusula geral da personalidade pela comunidade jurídica, somado a sua fluidez conceitual, provoca a diluição da tutela jurídica da pessoa humana, inclusive a proteção garantida de forma estratificada pelos direitos especiais da personalidade. A doutrina em geral não é uníssona no que se refere à concepção do direito geral da personalidade, havendo dois posicionamentos que se destacam.

O primeiro é capitaneado por Paulo Mota Pinto, para quem direito geral de personalidade consiste em categoria única e esgotante do direito de personalidade, o que dispensaria o desenvolvimento dos direitos estratificados da personalidade, pois o direito geral daria conta da proteção do ser humano, em todos os seus aspectos.⁵¹

Para Paulo Mota Pinto, o direito geral de personalidade:

(...) teria como objecto a personalidade humana em todas as suas manifestações, actuais e futuras, previsíveis e imprevisíveis, e tutelaria a sua livre realização e desenvolvimento, sendo o 'princípio superior de constituição' dos direitos que se referem a particulares modos de ser da personalidade.⁵²

Por se tratar de um conceito indeterminado, seu preenchimento se dá mediante um processo de valoração e ponderação de interesses e bens da

Justiça. Recurso Especial nº 1.000.356-SP. (2007/0252697-5). Recorrente: N V DI G E S. Recorrido: C F V. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 25 de maio de 2010. Disponível

em:<http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev3/files/JUS2/STJ/IT/RESP_1000356_SP_1277_150938299.pdf>. Acesso em: 25 out. 2012; PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 572.710-0 PR, da 22ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Apelante 1: Unimed Curitiba. Apelante 2: Darcy Biondo. Apelados: Os mesmos. Relator: Desembargador Luiz Lopes. Curitiba, 1 de julho de 2010. Disponível em:<<http://www.tj.pr.gov.br/asp/judwin/consultas/judwin/DadosTextoProcesso.asp?Linha=18&Processo=1099865&Texto=Ac%F3rd%E3o&Orgao=>>>. Acesso em: 24 dez.2012; RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 2009.001.44054. Apelante: Rui Carlos da Silva. Apelado: Zara Brasil Ltda. Relator: Desembargador Cláudio Brandão. Rio de Janeiro, 1 de setembro de 2009. Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5458275/apelacao-apl-200900144054-rj-200900144054-tjrj>>. Acesso em: 24 dez.2012.

⁵¹ MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 61-83. p. 72.

⁵² MOTA PINTO, Paulo, op. cit., p. 68.

personalidade, em conflito no caso concreto.⁵³ O processo de concretização da cláusula geral ocorre por meio da interpretação judicial da situação em concreto, de modo que se atribuem aos juízes amplos poderes normativos, o que imprime forte carga de subjetividade nas decisões.

A segunda concepção de direito geral de personalidade o concebe como um “direito matriz ou direito fundante”,⁵⁴ do qual decorreriam direitos especiais da personalidade relativamente autônomos (verdadeiras concretizações particulares da cláusula geral de personalidade), que coexistiriam com aquele.⁵⁵

Karl Larenz parece acolher esse entendimento: “(...) *el derecho general de la personalidad, en cuanto derecho al respeto que se ha de atribuir a todo individuo como persona, es el fundamento de todos los derechos especiales de la personalidad, que pueden considerarse como desdoblamiento de aquél.*”⁵⁶

Esse segundo posicionamento se conforma de maneira mais adequada à realidade das sociedades atuais. A harmonização do direito geral da personalidade com os direitos estratificados da personalidade projetam-se em face às novas formas de ofensas à personalidade humana na sociedade tecnológica contemporânea. Ao mesmo tempo, garante a verticalização e o desenvolvimento mais detidos sobre alguns atributos da personalidade em específico.

Nessa linha de raciocínio, Elimar Szaniawski aduziu que o direito brasileiro, no que se refere aos direitos da personalidade, optou por uma concepção mista, pois coexistem harmonicamente o direito geral de proteção da personalidade humana e os direitos especiais da personalidade.⁵⁷

Importa observar que o cerne da crítica sobre a linha tipificadora dos direitos da personalidade se baseia no fracionamento tendente ao infinito, o que enseja considerável desagregação do núcleo da personalidade humana. A redução da personalidade em compartimentos, além da impossibilidade material, promoveria insegurança jurídica, porque, nessa perspectiva, os direitos especiais não

⁵³ Ibid., p. 72-73.

⁵⁴ CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981. p. 185.

⁵⁵ MOTA PINTO, Paulo, op. cit., p. 67-68.

⁵⁶ LARENZ, Karl. **Derecho Civil**: Parte General. Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1978. p. 164.

⁵⁷ SZANIAWSKI, Elimar, op. cit., p. 137.

reconhecidos pelo direito positivo não garantiriam a efetiva proteção da pessoa humana.

No que concerne às lacunas legislativas, que resultam do fracionamento e pretensiosa tipificação dos direitos de personalidade, poderá haver uma "correção hermenêutica" com a operabilidade da cláusula geral da personalidade, para garantir tutela de todas as situações, previstas ou não em texto legal, em que haja violação ou ameaça à pessoa.

Nesse cenário, o direito geral de personalidade atua para suplementar a tipificação dos direitos personalíssimos. Situações jurídicas existenciais são complexas e, comumente, afetam, no caso concreto, a dignidade humana em aspectos variados, de modo que o direito geral da personalidade existe "com" os direitos especiais da personalidade, não havendo relação de excludência entre essas construções jurídicas sobre a personalidade. Sobre a convivência harmônica entre o direito geral e os direitos tipificados da personalidade, Karl Larenz considera:

En la aplicación del Derecho tienen preferencia los derechos especiales de la personalidad en tanto en cuanto, si ya existe una violación de un derecho especial de la personalidad no sea preciso retrotraerse al derecho general de personalidad con sus límites difícilmente determinables. (...) Si en un caso particular no se ha lesionado ningún derecho especial de personalidad, queda por examinar si existe una violación del derecho general de la personalidad, lo cuál sólo puede efectuarse tomando en consideración la configuración especial del caso y los intereses entran en juego.⁵⁸

Rabindranath Capelo de Sousa, em defesa dos direitos especiais da personalidade, observa que a positivação de alguns direitos tipificados da personalidade solidifica a estrutura, fixa os limites do objeto e a atuação do direito geral de personalidade.⁵⁹

Elimar Szaniawski, por sua vez, defende o equilíbrio entre esses posicionamentos acerca dos direitos da personalidade, sob o enfoque do legislador:

(...) existem determinados direitos que compõem a personalidade humana que merecem especial atenção por razões de política

⁵⁸ LARENZ, Karl, op. cit., p.164-165.

⁵⁹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 82.

legislativa, procurando o legislador trazer determinadas espécies de direitos de personalidade, tipificando-as em lei, a fim de dar regulamentação específica e garantir sua tutela expressamente.⁶⁰

Ressalte-se que a tipificação em lei de alguns direitos especiais da personalidade não deve ser encarada como uma tentativa de engessamento do sistema de proteção da personalidade, tampouco como uma pretensão positivista de prever e regulamentar todos os aspectos da personalidade humana.

Nesse passo, Anderson Schreiber assevera: “Longe de reduzir ou limitar a tutela da personalidade, tal conclusão pretende apenas demonstrar que o exclusivo recurso nominal ao valor constitucional não legitima e não desautoriza pedidos de ressarcimento de danos.”⁶¹

A garantia expressa de alguns direitos particulares da personalidade no ordenamento jurídico consubstancia um “mínimo inviolável”, que atuará no sentido de impedir que o direito geral de personalidade – devido ao fato de se tratar de uma cláusula geral –, no intuito de ampliar a tutela à pessoa, acabe por torná-la mais tímida.

Rabindranath Capelo de Sousa, autor de um dos trabalhos mais importantes e densos sobre os direitos da personalidade, esclarece que a articulação entre o direito geral de personalidade e os direitos especiais da personalidade garante maior proteção da dignidade humana. Confira-se:

Tratando-se da coexistência normativa do direito geral de personalidade com um ou vários direitos especiais de personalidade legais, há então, (...) uma autêntica relação de *lex generalis* – *leges speciales*, mas a regulação especial ou as regulações especiais antepõem-se à regulação geral em tudo o que nelas estiver especificamente previsto. Pelo que, na hipótese de um acto assumir ou violar uma zona da personalidade coberta inteiramente no seu objecto por um único direito especial legal de personalidade não se verifica qualquer concurso de conseqüências jurídicas e haverá uma só pretensão jurídica, fundada, em primeira linha, nesse direito especial e, só subsidiariamente, no direito geral de personalidade.⁶²

⁶⁰ SZANIAWSKI, Elimar, op. cit., p. 128.

⁶¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil:** da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007. p. 120.

⁶² CAPELO DE SOUSA, op. cit., p. 574.

Para Perlingieri, o “(...) fato de a personalidade ser considerada como valor unitário, tendencialmente sem limitações, não impede que o ordenamento preveja, autonomamente, algumas expressões mais qualificantes (...)”⁶³. Portanto, a operabilidade dos direitos especiais ao lado da cláusula geral, com o intuito de se efetivar uma tutela ampla à pessoa humana, se coaduna com a vocação constitucional da proteção da dignidade humana.

1.4 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE: A INALIENABILIDADE E A INDISPONIBILIDADE A PARTIR DE UM ESTUDO DE CASOS

A doutrina em geral elenca um sem número de características dos direitos da personalidade, conforme se demonstrará. A seguir, verificar-se-á que a indisponibilidade e a irrenunciabilidade são os traços mais marcantes dos direitos da personalidade, segundo a doutrina. No entanto, face à realidade complexa, notadamente no que se refere às atividades econômicas, que delineia a sociedade contemporânea, o discurso da indisponibilidade dos direitos da personalidade vai de encontro com a *práxis* social, sendo necessária sua revisão.

Trabucchi sustenta que os direitos da personalidade correspondem a direitos essenciais originários. Isso, pois, parte do pressuposto de que esses direitos existem antes mesmo de um reconhecimento jurídico.⁶⁴ Por serem inerentes à pessoa humana, caracterizam-se os direitos da personalidade como absolutos, intransmissíveis, imprescritíveis, extrapatrimoniais, vitalícios e necessários⁶⁵.

Eroulths Cortiano aponta como principais características a generalidade, a vitaliciedade, a necessidade, a extrapatrimonialidade, o absolutismo e a indisponibilidade, sendo que esta última se desdobra na inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade.⁶⁶ San Tiago Dantas considera o caráter absoluto, inestimável, inalienável e imprescritível desses

⁶³ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 765.

⁶⁴ TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di Diritto Civile**. 13.ed. Padova: CEDAM, 1962. p. 91.

⁶⁵ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 152.

direitos.⁶⁷ Santos Cifuentes traz as seguintes características: inatos; vitalícios; necessários; essenciais; inerentes; extrapatrimoniais; indisponíveis; absolutos; privados; autônomos.⁶⁸

Por sua vez, Capelo de Sousa aduziu, como características dos direitos da personalidade, a oponibilidade erga omnes, a intransmissibilidade, a indisponibilidade relativa, a perenidade, a imprescritibilidade, a extrapatrimonialidade e o caráter originário.⁶⁹ Para Adriano de Cupis, os direitos da personalidade são tratados da intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, impenhoráveis e imprescritíveis.⁷⁰

No que concerne aos reflexos patrimoniais dos direitos da personalidade, Caio Mario Ieciona que “Não há, entretanto, como confundir os efeitos patrimoniais que dele emanem, os quais podem, até onde não ofendam os direitos em si mesmos, ser objeto de renúncia, transação, transferência ou limitações.”⁷¹

Orlando Gomes também reconhece a *extrapatrimonialidade* dos direitos da personalidade, mas explica que essa característica não é absoluta. Por isso, esse jurista destaca: “Os bens jurídicos nos quais incidem [os direitos da personalidade] não são suscetíveis de avaliação pecuniária, embora possam alguns constituir objeto de negócio jurídico patrimonial (...)”.⁷²

Pontes de Miranda, em posição mais radical, afirma que há uma confusão por parte dos autores em definir os limites dos direitos da personalidade, isto é, o que é e o que não é direito da personalidade. Para este autor, esses direitos têm a *extrapatrimonialidade* como característica absoluta; tudo o que envolver valor pecuniário, não consistirá em direitos da personalidade.⁷³

⁶⁶ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. A teoria geral dos direitos da personalidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**. Curitiba, v.5, n.5, p.20-37, 1996. p. 26-31.

⁶⁷ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil: parte geral**. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 194-195.

⁶⁸ CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995. p. 175-192.

⁶⁹ CAPELO DE SOUSA, op. cit., p. 401-419.

⁷⁰ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. p. 51/68.

⁷¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.1. p. 172.

⁷² GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 152.

⁷³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte especial**. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. v. 7. p. 6.

Entre os diversos aspectos apontados, são mais marcantes os seguintes: a extrapatrimonialidade, a irrenunciabilidade e a inalienabilidade, características estas que serão discutidas neste momento da dissertação.

Machado de Assis, em um dos seus vários excelentes contos, confronta a lógica empreitada pelo “Diabo” com os direitos do homem. Observa-se o argumento diabólico do personagem desse grande literário brasileiro, que se vale de raciocínio ardiloso para fundamentar a renunciabilidade dos direitos da personalidade:

A venalidade, disse o Diabo, era o exercício de um direito superior a todos os direitos. Se tu podes vender a tua casa, o teu boi, o teu sapato, o teu chapéu, coisas que são tuas por razão jurídica e legal, mas que, em todo caso, estão fora de ti, como é que não podes vender a tua opinião, o teu voto, a tua palavra, a tua fé, coisas que são mais do que tuas, porque são a tua própria consciência, isto é, tu mesmo?⁷⁴

Como já foi colocado exhaustivamente, consideram-se tradicionalmente os direitos da personalidade como indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e inalienáveis, de modo que não pode o titular desses direitos transmitir, definitivamente, quaisquer atributos inerentes à sua própria pessoa. Como afirma Pontes de Miranda, “(...) a razão para a irrenunciabilidade é a mesma da intransmissibilidade: ter ligação íntima com a personalidade e ser eficácia irradiada por essa. Se o direito é direito de personalidade, irrenunciável é.”⁷⁵

No direito brasileiro, a indisponibilidade dos direitos da personalidade está radicalmente prevista no artigo 11 do Código Civil de 2002, segundo o qual esses direitos são intransmissíveis e irrenunciáveis, de tal maneira que não podem nem mesmo o titular limitá-los voluntariamente. Resta evidente que o legislador pátrio atribuiu um caráter absoluto à indisponibilidade, sendo, pelo menos em tese, vedadas quaisquer limitações voluntárias aos direitos personalíssimos. Contudo, sabe-se que, na prática social corrente, ocorre o inverso, ou seja, há diversos casos de limitações consentidas que se possa lembrar.

⁷⁴ ASSIS, Machado de. A Igreja do Diabo. In: Contos Consagrados. São Paulo: Ediouro, s/d. Disponível em: <<http://www.biblio.com.br/defaultz.asp?link=http://www.biblio.com.br/conteudo/MachadodeAssis/aigrejadodiabo.htm>>. Acesso em: 20 out. 2012.

⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. v. 7. p. 08.

Em face do referido texto legal, que garante a indisponibilidade dos direitos da personalidade em caráter absoluto, a doutrina é assente em afirmar que essa característica se impõe às autolimitações ao exercício dos direitos da personalidade, sempre que forem irrestritas, indeterminadas e permanentes.

Caso fossem permitidas as cessões dos direitos da personalidade a terceiros em definitivo, admitir-se-ia a renúncia desses direitos, o que violaria o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. A irrenunciabilidade significa, portanto, que não se pode limitar esses direitos, de maneira permanente, mas podem ser cedidos por tempo determinado e sob condições razoáveis que mantenham o núcleo inviolável da dignidade humana.

No que concerne a vedação às limitações voluntárias dos direitos da personalidade, que o art. 11 do Código Civil prescreve, Anderson Schreiber aponta um equívoco do legislador pátrio, por exagero demasiado e cometimento de excessivo paternalismo estatal. Confira-se o comentário desse autor carioca acerca da prática dos *reality shows*:

A vedação lançaria na ilicitude não só os *reality shows*, mas também atos bem mais prosaicos como furar a orelha, lutar boxe ou expor informações pessoais, como o *Twitter* e o *Orkut*. Em uma série de situações não previstas em lei, mas socialmente admitidas, as pessoas desejam e aceitam limitar, pontualmente, o exercício de algum atributo da própria personalidade.⁷⁶

Na sequência, pondera esse autor que a ordem jurídica deve admitir a autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade, sempre que houver o propósito de verdadeira realização da personalidade de seu titular, o que, na prática, não é nada simples, tendo em vista ser tarefa complexa que exige do jurista sensibilidade para a ponderação na situação fática.⁷⁷

Sobre o tema, é pertinente destacar o Enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil organizada pelo Centro de Estudos da Justiça Federal:

I Jornada STJ. Enunciado 4: “Art. 11 - O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

⁷⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 26.

Destarte, impõe-se a interpretação sistemática do artigo 11, levando em conta a dignidade da pessoa humana, no contexto do pós-positivismo contemporâneo, jamais devendo ser interpretados com base na simples literalidade do texto legal.

Nesse ponto, cumpre destacar os critérios propostos por Anderson Schreiber, sensível aos temas conexos à pessoa humana, para se efetuar o controle de legitimidade das limitações voluntárias aos direitos da personalidade: alcance, duração, intensidade e finalidade.

Capelo de Sousa asseverou, sobre a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, que “Não pode alienar-se a favor de outrem a personalidade humana, não pode vender-se a vida, a liberdade de pensamento ou a honra, não pode dar-se de penhor o corpo (...)”.⁷⁸

Em criteriosa explicação, José de Oliveira Ascensão leciona que a indisponibilidade repousa sobre três diretrizes:

1) São intransmissíveis. Não podem ser objeto de cessão (...) não podem também ser objeto de sucessão; 2) São irrenunciáveis. O titular pode renunciar ao exercício de um direito de personalidade, mas não pode renunciar ao direito em si; 3) São só escassamente restringíveis através do negócio jurídico (...) Pode haver limites convencionais aos direitos de personalidade, além dos limites legais. Mas estes limites estão sujeitos a reservas apertadas.⁷⁹

Apenas é admitida a disponibilidade parcial e transitória desses direitos. Ressalte-se, assim, a relatividade da indisponibilidade dos direitos da personalidade, havendo a possibilidade jurídica da limitação voluntária, nos termos ponderados por Carlos Mota Pinto:

A indisponibilidade impede o despojamento dos direitos de personalidade essenciais a uma pessoa, mas não retira a faculdade de consentimento em uma lesão determinada, que não extingue o direito e beneficia um destinatário. Mas a limitação voluntária deve ser conforme os princípios da ordem pública, o que veda o consentimento na lesão do direito à vida, embora permita, em princípio, uma limitação voluntária ao direito à integridade física, como nas cirurgias estéticas ou nos jogos violentos, bem como ao

⁷⁷ Ibid., p. 27.

⁷⁸ CAPELO DE SOUSA, op. cit., p. 403.

⁷⁹ ASCENSÃO, op. cit., p. 85-86.

direito à liberdade na sua espécie de atividades profissionais, materiais ou jurídicas, e aos direitos à honra, à reserva sobre a intimidade e à imagem. O consentimento do lesado não afasta a ilicitude nem isenta a responsabilidade civil, mas é pertinente a invocação do artigo 570º do Código Civil, para reduzir ou mesmo excluir a indenização, sem prejuízo da responsabilidade criminal.⁸⁰

Observe-se que, particularmente para Mota Pinto, mesmo a disponibilidade consentida de um dado direito da personalidade em favor de terceiro, nos limites do Direito, é tratada como uma lesão a esses direitos, porém uma lesão tolerada do ponto de vista jurídico. Ainda, sempre que a cessão econômica de atributos da personalidade ocorrer com base em autorização, esse consentimento poderá ser revogável unilateralmente pelo próprio titular.

Por outro lado, compromete-se o indivíduo ao pagamento dos prejuízos econômicos provocados diante da quebra das expectativas legítimas do contratante, consubstanciando esta situação em uma das hipóteses de responsabilização civil contratual por rompimento do que fora anteriormente celebrado.

Em alusão ao uso de atributos da personalidade por terceiro, mediante consentimento do titular, existem algumas restrições de ordem pública, sendo apenas passíveis de cessão alguns atributos da personalidade e em medida razoável. Assim, seria possível sustentar que a privacidade e a imagem podem compor o objeto de cessão a terceiro, por tempo determinado, mas não a honra.

Para ilustrar, podem-se citar situações práticas como as inúmeras cessões onerosas do direito à imagem para fins publicitários e a cessão do direito à privacidade para fins de participação no programa do *Big Brother*. Neste caso, ainda que amplíssima a limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade, suscitando muitas controvérsias sobre sua legitimidade, conserva-se um núcleo mínimo de privacidade que se impõe à emissora de televisão como dever para zelar, sob pena de responsabilização civil.

No que tange ao direito à honra, pode-se lembrar do emblemático caso do arremesso de anão ocorrido em França. Manuel Wackenheim, cidadão francês com cerca de um metro de altura, exercia um emprego, no mínimo, inabitual, qual fosse o

⁸⁰ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 211-213.

de ser lançado em direção a um colchão, por frequentadores de bares, atividade esta que se tornou conhecida como *lancer de nain* (lançamento de anão).

Essa competição logo ganhou repercussão internacional, por ser considerada uma afronta à dignidade humana e por suscitar acalorada discussão sobre os limites da disponibilidade dos direitos da personalidade. O francês não estava desrespeitando direito alheio, mas sim direito próprio: “(...) enquanto a maior parte das pessoas luta ferozmente pela proteção dos seus direitos, Manuel Wackenheim queria justamente o oposto. Pediu, repetidas vezes, a diferentes tribunais, que o seu direito (à dignidade humana) não fosse protegido.”⁸¹

Nesse caso, a vontade de Manuel Wackenheim fora suprimida, em função da ordem pública, bem assim porque foi considerada a sua honra o núcleo rígido dos direitos essenciais do ser humano, justificando, por essa ótica, a interferência do Estado na autonomia da vontade para garantir a própria dignidade da pessoa humana.

Esse foi o entendimento das autoridades francesas para subtrair a vontade *viciada* daquele cidadão francês. *Viciada*, pois não se pode considerar aquela vontade com sendo livre, enquanto fruto de uma genuína autonomia; ao contrário, a sua vontade estava imersa em um contexto social e econômico que determina e restringe as opções e comportamentos do indivíduo, de modo que se tem apenas um sujeito de direitos em abstrato, não havendo a afirmação da condição humana da pessoa.

Considerando esse cenário, não se pode falar, a não ser que falaciosamente, em autodefinição pessoal, pois o pleno desenvolvimento da personalidade fica prejudicado, na medida em que os fatores externos da sociedade provocam a supressão de condições para a realização da pessoa humana. No entanto, isso é camuflado pela categoria abstrata do sujeito de direitos, insuficiente para a concretização da dignidade humana.

Ao mesmo tempo, cumpre consignar que a questão é polêmica, pois, para o senso comum, a atividade exercida por Wackenheim não seria diferente daquelas realizadas no circo por palhaços e por “homens bala”, podendo ser interpretada como a atuação de um protagonista num espetáculo.

⁸¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2.

Observa-se, aqui, não se mostrar possível a aferição da juridicidade das limitações voluntárias aos direitos da personalidade *prima facie*. Ao contrário, a juridicidade dessas limitações autorizadas deve ser realizada de acordo com as particularidades de cada caso, considerando a *finalidade*, a *extensão da personalidade*, o *tempo*, o *contexto espacial* e as *condições materiais* da pessoa humana.

Isso, pois, a proteção da dignidade humana não pode servir de pretexto para a interferência generalizada e banalizada do Estado sobre o livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, por mais perturbadas que possam parecer algumas manifestações, segundo os padrões sociais dominantes. Ao mesmo tempo, a dignidade humana preserva um núcleo inviolável do homem, estabelecendo parâmetros inegociáveis entre particulares.

Assim, o critério seguido para a tutela do Homem deve ser aquele sintetizado nos ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes, qual seja o de que é “(...) contrário à dignidade humana tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.”⁸²

Repise-se que a vontade individual não é suficiente para garantir a tutela do Direito. “Muitas vezes, a vontade humana não exprime um desejo genuíno e consciente, mas uma necessidade de aderir a práticas sociais e econômicas contrárias ao bem-estar da própria pessoa.”,⁸³ pondera Anderson Schreiber. À luz da dignidade humana, o Direito deve servir para garantir a vontade consciente do homem, como resultado de verdadeiro desenvolvimento pessoal.

⁸² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

⁸³ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 178.

CAPÍTULO II.

IMAGEM, PRIVACIDADE E LIBERDADES ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

2.1 LIBERDADES DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA

O termo originalmente pronunciado por Aristóteles, para quem “*O homem é um animal social*”, nos permite desenvolver a ideia de que o homem procura se comunicar por força da própria natureza humana, bastando-se nele mesmo para transmutar a existência da figura humana em uma existência social.

Na história escrita pelo inglês Daniel Defoe, o que Robinson Crusoe mais almejava, ao ficar perdido e isolado da convivência humana numa ilha, era justamente compartilhar aquela “tragédia” com outro, e, para satisfazer esse ideal, ensinava palavras ao papagaio.

Essa aptidão natural do ser humano para a comunicação é que o conduz à procura, contínua e permanente, de informações, a fim de maximizar seus meios de expressão, apreender experiências individuais alheias e tomar conhecimento do contexto dentro do qual está imerso.

Nessa esteira de pensamento, Hannah Arendt pondera magistralmente:

Nenhuma vida humana, nem mesmo a vida de um eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos. Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos; mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens.⁸⁴

No Brasil, o não recepcionamento da Lei de Imprensa de 1967 despertou amplo debate sobre a (im)pertinência de uma nova lei que regulamentasse as ações da mídia em geral.

⁸⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 31.

Apresentam-se, na doutrina e na mídia, posições para todos os lados no que pertine à necessidade ou não de uma nova lei de imprensa, para regular o exercício da atividade informativa.

Há quem tenha defendido a revogação integral da Lei de 1967, não carecendo a promulgação de qualquer disciplina específica, sob os argumentos de que a referida legislação infraconstitucional não se adéqua à nova ordem constitucional e de que a liberdade de imprensa é ampla e garantida pela Carta Magna de 1988.⁸⁵

Por outro lado, há aqueles que se posicionam pela elaboração de um novo diploma específico para o assunto, com a ressalva de que enquanto isso não ocorrer, os dispositivos que não contrariam a Constituição de 1988 garantiriam a segurança jurídica, o que evitaria a instauração de um vácuo legislativo, sem norma explícita sobre a matéria.⁸⁶

Existem, ainda, aqueles que sustentam apenas a revogação parcial da lei de imprensa, pois a maioria de seus dispositivos estaria em conformidade com a Constituição Cidadã.⁸⁷

Mas, afinal, o que vem a ser liberdade de expressão? Ela se diferencia da liberdade de informação?

Não há uniformidade quanto aos limites conceituais de cada uma dessas liberdades, tendo em vista a intrínseca relação entre elas. Por vezes, aparecem como liberdades sinônimas nos textos jurídicos, enquanto que, com não menos

⁸⁵ TEMER, Michel. Folha de São Paulo – Tendência e Debates, 15.05.2008. Com a mesma opinião: Ministro Carlos Ayres Britto, deputado Miro Teixeira (PDT-RJ). MINISTRO do STF rejeita possibilidade de nova lei de imprensa. **Agência Câmara de Notícias**. 09 jun. 2009. Disponível em:< <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/135980.html>>. Acesso em: 15 jun. 2012. Ainda, Maurício Azêdo, presidente da Associação Brasileira de Imprensa. OBSERVATÓRIO DA IMPRENSA. São Paulo, 28 abr. 2009. Disponível em:< http://tvbrasil.org.br/observatoriodaimprensa/arquivo/principal_090428.asp#artigo>. Acesso em: 16 jun. 2012.

⁸⁶ Voto vencido do Ministro Marco Aurélio. DOTTI, René Ariel. Limites democráticos da liberdade de informação. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, jun. 2010. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2010-jun-23/carta-aberta-ministro-marco-aurelio-limites-liberdade-informacao>>. Acesso em: 15 jun. 2012. Miguel Reale Júnior em debates abertos na mídia. OBSERVATÓRIO DA IMPRENSA. São Paulo, 28 abr. 2009. Disponível em:< http://tvbrasil.org.br/observatoriodaimprensa/arquivo/principal_090428.asp#artigo>. Acesso em: 16 jun. 2012.

constância, também se encontram sustentações estabelecendo fronteiras entre ambas as liberdades.

Porfirio Barroso e María Del Mar López Talavera observam que a liberdade de informação é material e logicamente uma faceta da liberdade de expressão, de modo que as reflexões elaboradas em benefício da liberdade de expressão são aplicáveis, com escassas reservas, à liberdade de informação, sobretudo porque são liberdades pensadas dogmaticamente com idênticos fundamentos.⁸⁸

Ainda, apesar do referido dissenso em relação aos limites de cada uma dessas liberdades – ou mesmo se existem limites –, há uniformidade na doutrina brasileira, em consonância com a doutrina portuguesa, em assentar que a liberdade de expressão diz respeito à veiculação de opiniões, juízos de valor e pensamentos, bem como corresponde ao berço sobre o qual repousam outros direitos, liberdades e garantias da informação.⁸⁹

Para Fernando dos Reis Condeso, a liberdade de expressão assume um papel matricial em relação às demais liberdades, após as Revoluções Burguesas do século XVIII, na Europa, e possui um conteúdo eminentemente individualista:

A liberdade de expressão é uma liberdade da primeira geração, reconhecida nas declarações revolucionárias do século XVIII e nos primeiros textos constitucionais, como um direito de liberdade que é, de carácter basicamente negativo, impondo ao Estado como principal dever o de se abster de qualquer ingerência na actividade comunicacional dos sujeitos privados, designadamente em face dos meios da comunicação social e dos seus profissionais, embora em Estado Social, haja aspectos que podem implicar determinadas actividades públicas de garantia e promoção de pluralidade da informação.⁹⁰

⁸⁷ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. **Direito de imprensa e liberdade de expressão: soluções teóricas e práticas após a revogação da lei 5.250, de 09.02.1967**. 1. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

⁸⁸ ASENJO, Porfirio Barroso; TALAVERA, María del Mar López. **La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales**. Madrid: Fragua, 1998. p. 50.

⁸⁹ Cite-se por todos o jurista português: PINTO, Ricardo Leite. Liberdade de imprensa e vida privada. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, ano 54, n. 1, p. 27-147, 1994. p. 56-57. No Brasil, cite-se por todos: CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁹⁰ CONDESSO, Fernando dos Reis. **Direito da comunicação social**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 77.

A liberdade de informação, por seu turno, restringe-se na comunicação de um fato noticiável. Ao conceito de “informação” está intrinsecamente ligado o valor de “veracidade”, ainda que a percepção de verdade seja subjetiva, mas de boa-fé, no momento em que o indivíduo presume estar conhecendo, ao buscá-la.

Jean François Revel estabelece distinções entre o conteúdo normativo da liberdade de expressão, do direito de informar e do direito a informar. Para este autor, a liberdade de expressão está garantida a todos as pessoas, "incluso a los embusteros e a los locos",⁹¹ e o direito de informar tem a finalidade de transmitir a informação de maneira exata e séria.

Assim, “(...) a distinção deve pautar-se por um critério de prevalência: haverá exercício do direito de informação quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar, sobretudo no critério da sua veracidade”,⁹² enquanto a liberdade de expressão garante a ampla manifestação de pensamento, consiste na livre expressão de ideias, em toda a gama de atividades humanas, de *factos a pontos de vista*.

A liberdade de expressão, portanto, contempla as liberdades de opinião, de pensamento, de manifestações em geral, de crítica, de sátira, de informação e de imprensa, enfim, abrange um amplo espectro de atividades.

Além dessas locuções supracitadas – liberdade de expressão e liberdade de informação –, não se pode olvidar, em um trabalho que se propõe ao debate sobre as liberdades de manifestação, em esclarecer o que seria então a liberdade de imprensa, se sinônimo das anteriores ou outra esfera autônoma, com significações próprias.

A doutrina brasileira, em regra, não traça bem os limites da liberdade de imprensa, costumando tratá-la como sinônimo, ora da liberdade de informação, ora da liberdade de expressão. Já a doutrina portuguesa trata mais claramente o que vem a ser – ou poderia ser – a liberdade de imprensa.

Nas lições do português Ricardo Leite Pinto, a liberdade de imprensa corresponde a uma qualificação da liberdade de expressão e da liberdade de

⁹¹ REVEL, François Jean. El conocimiento inútil. Barcelona: Editora Planeta, 1989, p. 202.

⁹² CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de, op. cit., p. 24.

informação, “(...) na justa medida em que se trata de tais direitos pelos meios de comunicação de massa.”⁹³

Jorge Miranda, por sua vez, denomina a liberdade de imprensa de “liberdade de comunicação social”, ressaltando ser a liberdade de expressão mais que a liberdade de comunicação social, pois abarca todos os meios de comunicação desenvolvidos entre as pessoas – e não apenas os impressos, como a expressão “liberdade de imprensa” poderia sugerir.⁹⁴

Importa ainda registrar que, conforme as lições do saudoso professor francês Louis Favoreu, da liberdade de pensamento decorrem as liberdades de expressão e comunicação. Destarte,

*La liberté d'expression peut ainsi se définir comme la faculté d'exprimer librement sa pensée de manière orale ou écrite. La liberté de communication s'analyse comme la faculté de communiquer librement sa pensée, ce qui nécessite une interdépendance entre le 'message' (contenu) e le 'médium' (contenant), pour reprendre les enseignements de Mac Luhan et ce qui implique une interaction entre l'émetteur (celui que émet le message) et le 'récepteur' (celui qui reçoit le message). Liberté d'expression et de communication ont trouvé leur application pratique privilégiée dans la liberté de presse, d'une part, et dans la liberté de communication audiovisuelle d'autre part.*⁹⁵

Se, de um lado, as liberdades de expressão e informação possuem uma carga valorativa essencialmente individualista, de outro lado, imersas no Estado Social e Democrático funcionam, inquestionavelmente, ao interesse público,

⁹³ PINTO, Ricardo Leite, op. cit., p. 58. No mesmo sentido, adotando uma concepção alargada de liberdade de imprensa, imbricada com a liberdade de expressão e liberdade de informação, podemos ainda colocar em tela SOUSA, Nuno de. Liberdade de informação, verdade jornalística e protecção dos direitos dos cidadãos. **Seminário Comunicação Social e Direitos Individuais**. Porto: Edição da Alta Autoridade para a Comunicação Social, 1997. p. 69 e 132.

⁹⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. Tomo IV. p. 374.

⁹⁵ FAVOREU, Louis (Coord.). **Droit des libertés fondamentales**. Paris: Dalloz, 2000. p. 221-222. Tradução livre: A liberdade de expressão pode, assim, definir como a capacidade de expressar livremente seus pensamentos oralmente ou por escrito. Liberdade de comunicação pode ser analisada como a capacidade de comunicar livremente o seu próprio pensamento, o que exige uma interdependência entre a "mensagem" (conteúdo) "meio" e (recipiente), para usar os ensinamentos de Mac Luhan e implicando uma interação entre o emissor (o envio da mensagem) e o "receptor" (a pessoa que recebe a mensagem). A

mediante a livre circulação de ideias, corolário da democracia, tendo, portanto, inegável dimensão coletiva.⁹⁶

Com o intuito de reter eventuais críticas em relação ao esforço doutrinário – interpretado como inócuo – para conceituar e delinear as fronteiras entre a liberdade de expressão, a liberdade de informação e a liberdade de imprensa, compartilha-se, neste trabalho, posicionamento de Barroso.⁹⁷ Este autor afirma ser de interesse prático a distinção, pontuando-se os requisitos de exercício para cada uma das liberdades em questão e de seus limites. Além disso, o esclarecimento dos conceitos contribui para a definição do âmbito normativo de cada uma dessas liberdades. Para fins de operacionalização, o desenvolvimento de estudos acerca dessas distinções é, mais que importante, necessário para a consolidação de seus conceitos e critérios.

Vale consignar que o tema sobre o qual se propôs escrever, pela sua relevância, tendo em vista a liberdade de expressão funcionar como meio e fim indissociável à efetivação do Estado Democrático de Direito, possui destacada atenção em uma série de diplomas internacionais de peso, seja com força de lei ou como simples recomendação, tais como: Declaração Universal dos Direitos do Homem,⁹⁸ Convênio Europeu de Direitos Humanos,⁹⁹ Declaração Americana Sobre Direitos Humanos,¹⁰⁰ Declaração Internacional de Chapultepec.¹⁰¹

liberdade de expressão e de comunicação têm sido aplicados na prática preferida da liberdade de imprensa, por um lado, e a liberdade de comunicação audiovisual outro.

⁹⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000. p. 166-167: “Se a liberdade de expressão e informação, nos seus primórdios, estava ligada à dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o *ancien régime*, a evolução daquela liberdade operada pelo direito/dever à informação, especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficientemente e corretamente informado; àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação da opinião pública pluralista – esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos, a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manipulação da opinião pública”.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 01 mar. 2012.

⁹⁸ “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão”.

No Brasil, a Constituinte de 1988 deu à liberdade de expressão dignidade de direito fundamental.¹⁰² Nesse sentido, vale lembrar-se dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Brito e Menezes Direito, proferidos no julgamento da ADPF nº 130. Para esses ministros, a liberdade de expressão consubstancia-se em norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, de modo que a matéria já está regulamentada pela própria Carta Magna, o que teria justificado a revogação da Lei de Imprensa de 1967.¹⁰³

No entanto, atenta-se que as liberdades em pauta – de expressão, comunicação, informação e imprensa – são direitos assegurados na Constituição pátria *prima facie*, sendo, portanto passíveis de restrição. Não sendo um direito absoluto, circunstâncias fáticas e jurídicas podem condicionar a concretização da liberdade de expressão, de tal maneira que poderá haver restrição variável, de acordo com o princípio da proporcionalidade. A restrição no âmbito normativo da

FERREIRA, Lucas Tadeu. Os tratados internacionais e a liberdade de expressão e de imprensa. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 4, n. 32, 01 jun. 1999. p. 1 Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/149>>. Acesso em: 01 jul. 2012.

⁹⁹ Possui redação praticamente idêntica a da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

¹⁰⁰ Também amplamente conhecida por *Pacto de San José da Costa Rica*, contempla a seguinte redação: “Liberdade de pensamento e de expressão - Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões”. FERREIRA, op. cit., p. 1.

¹⁰¹ Preconiza, entre seus princípios, que: “Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício desta não é uma concessão das autoridades; é um direito inalienável do povo. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente”. FERREIRA, op. cit., p. 1.

¹⁰² Nos termos da Lei Fundamental, “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (art. 5º, inciso IV). Mais adiante, nos incisos IX e XIV, do mesmo art. 5º, fica estabelecido que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” e, mais, que “é assegurado a todos o acesso à informação”. No capítulo dedicado à comunicação social, o Constituinte prescreveu que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

¹⁰³ SUPREMO julga lei de imprensa incompatível com a Constituição Federal. **Notícias/STF**. Brasília, 30 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107402>>. Acesso em: 18 jun. 2012.

liberdade de expressão se afigura adequada, necessária e proporcional para a efetivação de outros direitos fundamentais, sobretudo quando em jogo direitos inerentes à pessoa humana, como, por exemplo, o direito à imagem, privacidade e honra.

2.2 A TENSÃO ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: PONDERANDO DIREITOS

Considerando a expansão da veiculação de informações, no âmbito da sociedade dominada pelo risco, pela vigilância e pela informação, consolida-se a indústria da comunicação, que vai para além do tradicional jornalismo e culmina na circulação de informações pertencentes à seara econômica, comercial, publicitária, administrativa, científica e pessoal, o que provoca grandes dificuldades, nesses novos tempos, em definir os limites entre esferas pública e privada.¹⁰⁴

Dessa maneira, o desenvolvimento frenético das novas tecnologias de informação potencializou o valor da transparência como elemento supremo do Estado Democrático, influenciando decisivamente não apenas as relações verticais entre Estado e indivíduo, mas também as relações civis entre particulares, de modo que houve perceptível diluição das fronteiras do que consistiria o espaço privado.

Do exposto, qualifica-se como complexa a tarefa de precisar os limites dos direitos da personalidade – notadamente a imagem, a privacidade e a honra – e do direito de informação, sempre que colidirem no caso concreto. Torna-se especialmente dificultoso, atualmente, estabelecer condições para os direitos (da personalidade) à honra, imagem e privacidade, a fim de efetivá-los como instrumentos de concretização da dignidade da pessoa humana, e, ao mesmo tempo, propiciar a coexistência harmônica daqueles direitos personalíssimos com o direito de informação.

Tratando-se todos os direitos em pauta de direitos fundamentais com eficácia plena *prima facie*, devem ser encarados *como verdadeiros mandados de otimização*, fato este que serve de alerta para que não sejam esses direitos, quando

¹⁰⁴ SOUSA, Nuno de. Liberdade de informação, verdade jornalística e protecção dos direitos dos cidadãos. **Seminário Comunicação Social e Direitos Individuais**. Porto: Edição da Alta Autoridade para a Comunicação Social, 1997. p. 27.

em colisão no caso concreto, desconsiderados em face do direito prevalecente. Ao contrário, admitindo os direitos fundamentais como princípios, por consequência metodológica, aceitar-se-á a tese de que se trata de direitos restringíveis, como ensina Martin Borowski.¹⁰⁵ Assim, os direitos fundamentais devem ser concretizados de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

Uma vez configurados como mandados de otimização, remete à ideia de ponderação, pois são realizados de acordo com a teoria da proporcionalidade. Então, o âmbito de proteção *prima facie* dos direitos fundamentais é amplo, mas somente poderá ser diminuído nos termos de uma teoria externa e de acordo com o modelo estrutural da intervenção e limite, que diferencia e limita o âmbito de proteção pelo de garantia efetiva.

Não obstante a doutrina civilista atribua aos direitos de personalidade a qualificação de “absoluto”, a fim de demonstrar o caráter de oponibilidade *erga omnes*, partindo-se da perspectiva constitucional, o termo “absoluto” poderá levar a uma conclusão distorcida. Isso, pois, sob a ótica jurídico-constitucional, tem-se por “absoluto” o direito que não se submete a quaisquer restrições, o que não é verdade quando se trata de direitos da personalidade, os quais podem – e devem – ser realizados em diferentes graus, em observância às possibilidades fáticas e jurídicas aferidas concretamente.

Nessa esteira, cabe observar outro equívoco, de parte considerável da doutrina constitucional americana, quando sustenta que as liberdades de expressão e de imprensa possuem caráter absoluto, o que induz em erro, pois tais liberdades devem ser exercidas responsavelmente, tendo como condição, para exercício legítimo, o respeito à dignidade da pessoa humana.¹⁰⁶

O conflito entre os direitos da personalidade e o direito de informação deverá ser resolvido segundo regras de ponderação, tendo em vista não ser possível falar

¹⁰⁵ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

¹⁰⁶ Pedro Pais de Vasconcelos equivoca-se ao considerar que o direito à honra deve prevalecer abstratamente sobre a liberdade de imprensa. VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 78. De modo mais cauteloso, Cláudio Chequer sustenta em sua obra uma liberdade de expressão enquanto direito fundamental preferencial *prima facie*. CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie**: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

em superioridade, aprioristicamente, de um desses direitos em detrimento do outro.¹⁰⁷

Para Rühl e Grimm, não há presunção em abstrato de um direito sobre outro, havendo a ponderação em concreto.¹⁰⁸ Como será discutido mais adiante, havendo interesse público, a presunção ocorrerá em favor da liberdade de expressão e informação, de maneira que havendo agressão desmedida à personalidade humana, a presunção se dá em favor dos direitos da personalidade.

Cumprе anotar, conforme aponta Borowski, que há diferença entre *restricção* e *configuração*. Sempre que um direito previsto na carta constitucional for restringido por lei ou houver autorização constitucional para tanto, tem-se uma *configuração*.¹⁰⁹ Já no caso de *restricção*, *a contrario sensu*, não existe delimitação legislativa preexistente à situação problema: são os casos de *restricção* que importam análise mais acurada, porque no caso da *configuração*, já ocorreu uma ponderação pelo legislador.

No caso da *restricção*, não cabe tão somente a comparação abstrata de bens e valores jurídicos tutelados; a ponderação deve ser pautada pela situação concreta, nos moldes propostos por Capelo de Sousa, com o objetivo de serem realizados em conformidade com os valores e princípios jurídicos permeados no sistema jurídico pátrio:

Em um dos pratos da balança, após verificarmos a existência real de ambos os direitos subjectivados em colisão e a inexistência de regulação legal específica para tal conflito, colocaremos todos os factos reais juridicamente relevantes e todos os valores jurídicos respeitantes, uns e outros, ao direito de personalidade

¹⁰⁷ Para Menezes Cordeiro, "(...) a colisão ocorre sempre que dois ou mais direitos subjectivos assegurem, aos seus titulares, permissões incompatíveis entre si." CORDEIRO, António Menezes. Da colisão de direitos. **O Direito**. Coimbra, v.1, n. 137, p. 37-55, 2005.

¹⁰⁸ Para Rühl, a ponderação consiste no "(...) processo para a resolução de colisões "entre fins normativos" (e não simplesmente entre normas). Sem que haja a colisão, não há necessidade de ponderação. Esta também não ocorrerá quando a interpretação sistemática e histórico-genética do direito, ou da lei restritiva, conduzir ao resultado de que o caso *sub judice* coincide, no essencial, com os casos visualizados e previstos pelo constituinte ou pelo legislador, sob pena de agressão ao princípio da separação de poderes. Quando a ponderação foi feita pelo legislador, vale referir a possibilidade de análise da constitucionalidade da aplicação da regra geral em vista da situação típica." Apud BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. 1. ed. **Liberdade de Expressão e Direito à Honra**. Joinville: Editora Bildung, 2010, p. 50-51.

¹⁰⁹ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

concretamente conflituante (...) Sopesado isto, colocaremos no outro prato da balança todos os factos reais juridicamente relevantes e todos os valores jurídicos respeitantes, estes e aqueles, ao direito conflituante, indagando do seu peso específico através da metodologia idêntica à acabada de referir.¹¹⁰

Assim na seara civilista, recomenda Capelo de Sousa a avaliação dos direitos tensionados em sua estrutura formal, bem como em seu fundamento axiológico-normativo, tomando-se por referência os elementos da realidade em sua gênese e em suas condições de exercício. Por exemplo, pode ocorrer que o peso jurídico decorrente da ponderação entre as circunstâncias fáticas do exercício do direito de informação de um jornalista, cumprindo com o interesse público da informação, e as circunstâncias do exercício do direito de privacidade, sendo conflitantes, deverão se efetivar em igual medida, o que também implica restrição com a mesma intensidade.¹¹¹

Pondera que, na colisão entre direitos de espécies diferentes, um deles será considerado preponderante em relação ao outro, mediante aferição no caso concreto: “(...) as partes não estão agora em posições conflituais idênticas ou equiparadas, pois a maior carga axiológica-jurídica do direito superior postula uma correspondente e adequada eficácia jurídica, mais ampla ou mais intensa do que a do direito inferior e, se necessário, com detrimento deste.”¹¹²

Daniel Sarmento, trazendo à tona a jurisprudência alemã, observa que a liberdade de imprensa se realiza em graus, na medida da exposição de questão de interesse público ou interesse privado. Em sede constitucional, por outro lado, a proteção da intimidade varia de acordo com o caso, se corresponde à esfera secreta ou apenas ao âmbito privado da pessoa.¹¹³

¹¹⁰ CAPELO DE SOUSA, op. cit., p. 534-543.

¹¹¹ Ibid., p. 544.

¹¹² Ibid., p. 548-549. Para ilustrar a hipótese de sacrifício mínimo de um direito em colisão: “Nos casos de predominância do direito de liberdade de imprensa de noticiar um evento de interesse público, mas com repercussões públicas, o direito à intimidade da vida privada de certas pessoas (...) ou até mesmo de noticiar um crime com repercussões públicas, o direito à intimidade da vida privada ou as garantias de defesa ligadas à honra das pessoas, embora secundariamente hierarquizados, poderão legitimar o dever de omissão do nome ou dos demais elementos essenciais de identificação, respectivamente, do sujeito daquele evento ou do presumível autor do crime.” Ibid., p. 549-550.

¹¹³ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 164.

Não se pode olvidar, ainda, que a prevalência de um direito sobre outro somente está autorizado se houver fundamento na concretização da dignidade humana. No caso da liberdade de imprensa, a sua supressão injustificada, sem a promoção do direito geral da personalidade, equivaleria a um ato de censura.

Assim sendo, encarados como mandamentos de otimização, a *preferência concreta* deverá ocorrer segundo o critério da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, qual seja optar, dentre variadas possibilidades de interpretação de uma circunstância fática, no sentido de sacrificar o menos possível os direitos em pauta, de acordo com a "(...) intensidade e a extensão com que a sua compreensão no caso afecta a protecção que a cada um deles é constitucionalmente concedida."¹¹⁴

Ressalte-se que a ponderação não se realiza com base em valores em abstrato, contidos em normas de mesma hierarquia, pois desprendidas do caso concreto, o confronto das normas configuraria, apenas, um "jogo de palavras".¹¹⁵

Ensina Rodrigo Bornholdt, valendo-se da doutrina alemã, que a ponderação utiliza como parâmetro os fins das normas, os quais são verificados nas situações concretas de exercício dessas normas colidentes. No caso de colisão entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade, leva-se em conta, então, os objetivos, finalidades e circunstâncias em que ocorreu o exercício de cada um desses direitos.

Em suma, deverá ser levado em conta o peso de cada um dos direitos em conflito na situação em concreto, tendo como parâmetro os valores existenciais perpetrados pelo ordenamento pátrio, bem como a finalidade da norma aferida em concreto. A avaliação da intensidade com que serão restringidos em face de outro direito ou interesse contraposto, portanto, deverá ser harmonizada com a efetivação dos direitos da pessoa humana.

¹¹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 305.

¹¹⁵ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. 1. ed. **Liberdade de Expressão e Direito à Honra**. Joinville: Editora Bildung, 2010, p. 56

2.3 O DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM E O DIREITO À PRIVACIDADE EM LOCAIS PÚBLICOS: MERO *DELÍRIO* OU QUESTÃO DE DIREITO?

Propõe-se discutir esta parte do trabalho a partir da seguinte passagem coletada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “(...) não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem.”¹¹⁶

Da análise em epígrafe, levanta-se a reflexão se é possível considerar o direito de imagem e de privacidade como uma espécie de “redoma protetora” a que o titular dos direitos da personalidade goza, ou se seria, tragicamente, um mero delírio estabelecer qualquer tentativa que garanta o núcleo desses direitos.

Cumprе registrar que a presente discussão debruçar-se-á, primeiro, sobre a articulação entre os direitos da personalidade e as práticas midiáticas comuns na sociedade atual, dirigidos ao tratamento jurídico geral das pessoas, sem considerar supostas diferenciações entre “pessoas privadas” e “pessoas públicas”. Após, haverá particular atenção, nesta dissertação, sobre a abordagem jurídica, em doutrina e jurisprudência, dos direitos da personalidade em face da qualificação de “pessoas públicas”.

O direito à imagem, seguindo a linha de raciocínio de José Luis Manzaneres Samaniego, corresponde ao direito exclusivo e excludente que tem uma pessoa em decidir o momento e o lugar oportuno, a seu critério, para difusão de sua imagem.¹¹⁷ Ressalvadas as exceções legais previstas no artigo 20 do Código Civil de 2002,

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 595.600-SC (2003/0177033-2). Recorrente: Maria Aparecida de Almeida Padilha. Recorrido: Zero Hora Editora Jornalística S.A. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, 19 de março de 2004. Disponível em:< <http://www.faq.edu.br/professores/ymjunior/Direito%20Civil-1%BAPer%EDodo/2%BABim-%20DECIS%C3O%20DO%20STJ-CASO%20DO%20TOPLESS%20QUE%20N%C3O%20GERA%20INDENIZA%C7%C3O-DIREITO%20%C0%20IMAGEM%20E%20PRIVACIDADE.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2012. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 58101-SP (94/0038904-3). Recorrente: Vera Lucia Zimmerman. Recorrida: Editora Azul S/A. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Brasília, 16 de setembro de 1997. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400389043&dt_publicacao=09-03-1998&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 10 dez. 2012.

debatidas a sua hora neste trabalho, a imagem apenas poderá ser retratada e veiculada por terceiro se houve consentimento do retratado.

Rita Amaral Cabral asseverou que, por meio do direito da personalidade à própria imagem, é possível obstar que terceiros conheçam o retrato de uma pessoa, estabelecendo aqui, portanto, aquilo que se poderia, para alguns, denominar de “redoma protetora”, e, para outros, considerar que se trata de delírio descabido.¹¹⁸

Na atualidade, os órgãos de comunicação comumente se imiscuem na esfera pessoal dos indivíduos, ofendendo direitos da personalidade, ao capturar retratos em espaços abertos. O critério do “lugar” em que está situada a pessoa – público ou privado – é usualmente invocado para justificar o interesse geral ao conhecimento da imagem capturada.

Assim, se o retrato for tomado em âmbito público, tornar-se-á possível a restrição dos direitos à imagem e à privacidade, sem distinção entre os tipos de personagens anteriormente considerados – notórios, públicos e privados.

Pautando-se por esse critério, considera-se tácito o consentimento para captação e circulação da imagem sempre que o sujeito estiver em lugar e eventos públicos. Entende-se que essa autorização está implícita na medida da participação em espaços públicos.

Segundo o entendimento do Tribunal Supremo Espanhol (STS), irradiado no Brasil, os espaços públicos, por sua própria estrutura, colocam os indivíduos à exposição e intromissão alheia, de tal modo que não se mostra razoável a pretensão em resguardar a esfera privada. Prosseguindo com esse raciocínio, sustentou que o ordenamento jurídico não poderia tutelar o lugar aberto como se íntimo fosse, inclusive os espaços privados suscetíveis de ingerência de terceiros, como por exemplo no caso de um “(...) *patio perceptible directamente desde el exterior, o de lo que se observa desde la calle a través de um ‘ventana abierta’*”.¹¹⁹

¹¹⁷ SAMANIEGO, José Luis Manzanares. El derecho a la propia imagen en el derecho aleman. **Boletín de Información del Ministerio de Justicia Español**, Madrid, año 45, n. 1.619, p. 6124-6130, 5 dez. 1991.

¹¹⁸ CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil. In: TELLES, Inocêncio Galvão (Org.) **Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha**. Lisboa: FDUL, 1989. p. 373-406.

¹¹⁹ ESPANHA. STS, de 18 de fevereiro de 1999. A.C.M y delito contra la salud pública. Disponível

em:<<http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpi/menuitem.0cb0942ae6fbda1c1ef62232dc432>

Élia Chambel traça uma interessante distinção entre local público e local privado. Para a autora, espaços públicos consistem em ambientes abertos, sem restrição à circulação de qualquer indivíduo. Subdividem-se em (i) locais de utilização comum, que se referem a logradouros com liberdade plena de circulação; (ii) locais de utilização condicionada, como aqueles espaços abertos ao público, mas cujo acesso se dá sob a observância de certas condições; (iii) locais de utilização restrita ou reservada, referente ao âmbito de quem o utiliza para o exercício de cargo ou função pública, como é o caso do gabinete de um ministro de Estado.

Em sentido diametralmente oposto, o local privado não se relaciona com o interesse geral, vedando-se o acesso indiscriminado do público.

A referida autora também sugere uma classificação dos espaços privados, quais sejam (i) locais privados de acesso livre ao público, compreendendo os espaços nos quais a circulação ocorre por período determinado e de acordo com o cumprimento de regras do lugar, por exemplo, o shopping Center; (ii) locais privados de acesso público condicionado, nos quais se permite o ingresso sob a condição de serem observados os parâmetros comuns de conduta do lugar, como o preço, no caso de restaurantes; (iii) locais de domínio privado com acesso restrito são aqueles em que ocorre o máximo resguardo, mediante impedimento de intromissão de qualquer indivíduo que não tenha a permissão do particular, salvo nas hipóteses excepcionais previstas em lei, em prol de um interesse público que se sobrepõe ao interesse individual.¹²⁰

Diverso é o entendimento de Anderson Schreiber, que condena qualquer pretensão em estender o conceito de “lugar público” para além das avenidas, praças e praias. Para o autor, a aplicação do que seria “lugar público” deve ser restritiva, consistindo tão somente em espaços de acesso amplo e aberto ao público, tais como praças, praias e ruas.

Além disso, para este autor, o critério do lugar teria pouco impacto para a resolução de conflitos entre a liberdade de informação e o direito à própria imagem. Isso, pois, o enquadramento de “público” a determinado lugar não deve servir como

ea0/?vgnextoid=75e19efd54265310VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=6d70f20408619210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default>. Acesso em: 13 fev. 2012.

argumento hábil para se permitir a captação de imagens. Deve-se, antes, ser verificado o contexto em que a imagem foi tomada, bem assim a ciência dos retratados e a intensidade de individualização dessa imagem.

Nesse ponto, insta consignar as considerações de Schreiber, que adverte:

Há um verdadeiro oceano a separar esse tipo de raciocínio simplista, calcado no binômio 'lugar público/pessoa pública', da ponderação complexa e delicada que é tecnicamente exigida pela colisão entre a liberdade de informação e o direito à imagem. A maior parte da doutrina e da jurisprudência tem, contudo, preferido se apegar àqueles critérios estruturais e obsoletos, ao invés de mergulhar fundo na perquirição dos parâmetros que devem guiar a ponderação em casos desse gênero. Se não é fácil, a tarefa de identificar esses novos parâmetros é extremamente necessária.¹²¹

A crítica de Schreiber, que também não deixa de ser uma constatação fática, afigura-se contextualizada às práticas atuais da mídia e ao conteúdo das decisões judiciais majoritárias sobre o tema. Sustenta-se que em locais públicos, dispensa-se a autorização para a captura e difusão da imagem do retratado. Esse entendimento equivocado decorre do tratamento dado à imagem como um bem jurídico tutelado no âmbito do direito de privacidade. Esse sofisma parte da ideia de que se a pessoa encontra-se em lugar aberto ao público, não há que se falar em direito de privacidade, não havendo, portanto, óbice, à veiculação do seu retrato quando inserido nesses espaços.

Ocorre que o direito à própria imagem, bem autônomo da personalidade que é, merece ser amplamente tutelado pelo Direito, tal como o são os demais bens personalíssimos. Por isso, não se deve admitir o consentimento presumido do indivíduo para a divulgação da sua imagem pelo simples fato de ir à praia, ao estádio de futebol ou ao shopping. Atente-se que as devidas ponderações sobre o tema devem ser feitas, considerando o homem imerso na vida em sociedade.

Por não existir isoladamente, mas sim dentro de uma comunidade, compondo-a, o indivíduo que tem sua imagem apreendida em fotografia com intuito de retratar fenômenos e acontecimentos sociais como um todo, identificando a

¹²⁰ CHAMBEL, Élia Marina Pereira. A videovigilância e o direito à imagem. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). In: **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 510-511.

¹²¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 109.

imagem com a multidão, e apenas secundariamente com aqueles que a integram, não tem aqui um caso de ofensa ao direito à imagem.

Imagens de filas de espera em instituições bancárias e previdenciárias, bem como de multidão de torcedores em estádios possuem claro fim de demonstrar fenômenos sociais.

Não há, nessas situações, individualização dos retratados, estes são meros elementos integrantes do cenário retratado. O contrário, ressalva Schreiber, é o caso de pessoa que:

(...) gozando seu momento de lazer nas mesmas areias de Ipanema, vem fotografada com *zoom* poderoso e vê seu corpo exibido, com impressionante detalhamento, nas páginas do jornal da manhã seguinte. (...) Quem participa de uma passeata, quem comparece a um show, quem vai ao estádio assistir a uma partida de futebol tem a consciência de que pode ter sua imagem captada como parte integrante do fenômeno coletivo. Já não é o que ocorre com namorados que, ao entardecer, se beijam no banco de uma praça, onde, embora público o local, o contexto é evidentemente íntimo, de tal modo que a captação e veiculação da imagem do casal deve ser precedida do pedido de autorização ou no mínimo, das cautelas necessárias a impedir a identificação dos retratados.¹²²

Observe que tanto no caso de retrato de fenômenos sociais, com imensidão de pessoas integrando-o, quanto na hipótese delineada por Schreiber, em que há individualização da pessoa como escopo da fotografia tirada, o lugar é público. Todavia, neste último caso – *fotografia com zoom nas areias de Ipanema* –, a propagação da imagem do indivíduo sem consentimento expresso será ilícita, já que o coloca em desnecessária e excessiva exposição, em indiscutível exploração do direito de imagem alheio.

O direito à imagem e o direito de privacidade não se limitam ao âmbito domiciliar; da mesma maneira, o lugar público não serve como parâmetro de autorização para a invasão do núcleo particular. A imagem e a privacidade protegida pelo Direito não se restringe apenas ao âmbito domiciliar.

À luz dos valores humanos perpetrados na Constituição de 1988 e defendidos pela teoria crítica do direito civil contemporâneo, o livre desenvolvimento da personalidade pressupõe a tutela da pessoa humana, em seus desdobramentos

¹²² Ibid., p. 106.

variáveis, em quaisquer espaços ocupados no cotidiano do indivíduo, devendo ser analisados os seguintes parâmetros: o contexto, a presença do interesse público, o grau de individualização e exposição do retratado e a ciência da captura da imagem, no momento em que ela está ocorrendo.

A adoção do critério estrutural do lugar – público ou privado – para subsidiar o conflito entre liberdade de informação e os direitos da personalidade, especificamente no que concerne à imagem e à privacidade, não deve ser utilizado com roupagem de “salvo-conduto” à veiculação da imagem alheia.

Em lugar público, mister levar em consideração a expectativa de resguardo da vida privada e de inviolabilidade da imagem do retratado, pois o mero fato de o acontecimento ocorrer em logradouro não implica a possibilidade absoluta de difusão de tudo que ali se passa. Pondera Schreiber: “Ninguém está autorizado a captar com tecnologias de ponta o que uma pessoa cochicha em praça pública e divulgar o diálogo nas redes de televisão. (...) Entender o contrário é declarar o fim da privacidade de quem quer que saia pela porta de casa, transformando em realidade o mundo vigiado de George Orwell.”¹²³

A título ilustrativo, cita-se o quadro de reportagem de determinada emissora de televisão denominado de *Jogo Falado*. Nele, a leitura labial era realizada por especialistas com o fim de trazer a público o conteúdo das conversas reservadas da comissão técnica de futebol brasileiro, ocorridas nos jogos da Copa do Mundo de 2006.

Parcela expressiva da opinião pública tratou o quadro, de questionável comportamento ético, com naturalidade, sem maiores reflexões acerca da agressão à privacidade que ora se impunha. Bruno Lewicki, em pertinente análise dessa matéria jornalística, assinalou que a ofensa à privacidade quando da divulgação de conversas discretas entre o técnico Carlos Alberto Parreira e o assistente Zagallo “(...) foi minimizada pela esmagadora maioria da opinião pública, a qual julgou que ele, por ser um figura notória e por estar em local público, não deveria ter se melindrado tanto.”¹²⁴

¹²³ Ibid., p. 139.

¹²⁴ LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 27, p.211-219, 2006. p. 211.

Como se observa, o sacrifício da imagem e da privacidade somente se justifica em função da realização de interesses igualmente protegidos na Constituição, ponderação esta que deve ser feita no caso concreto. A utilização de artifícios ardilosos de tecnologia para a apreensão indiscriminada da imagem e de momentos particulares, valendo-se dos critérios “pessoa pública” e “lugar público”, causa surpresa indesejada nos indivíduos, em evidente ofensa aos deveres de boa-fé objetiva sobre os quais se devem pautar as relações sociais, com vistas à harmonização da sociedade.

Toma-se o exemplo do ocorrido em 2007, quando foi capturada a imagem de um Ministro do Supremo Tribunal Federal, comunicando-se via e-mail com outro Ministro. Houve, nesse caso, exposição ilegítima da troca de informações e de impressões pessoais entre membros do STF. Mais uma vez o discurso de legitimação dessa invasão baseou-se no simplista critério do lugar público, de modo que tornaria lícita a captação e respectiva divulgação desautorizada da troca de mensagens eletrônicas entre dois Ministros.¹²⁵

O caso *topless* ocorrido em Santa Catarina, na Praia Mole, também é um exemplo marcante da malversação da atividade jornalística, pautada pelo critério simplificador do “espaço público”, tendo suscitado muita controvérsia nos tribunais em que foi posto em julgamento.

Iniciou-se o caso quando da captação e veiculação não autorizada, no jornal Diário Catarinense, da imagem de uma moça fazendo *topless* em praia catarinense. Tal atitude do órgão de comunicação despertou indignação na jovem, que, então, ajuizou ação de danos morais em face do jornal perante o Poder Judiciário de Santa Catarina.

Em sede de juízo de primeiro grau, foi a pretensão da autora julgada improcedente. Em juízo de segundo grau, em sede de Apelação, foi a editora do jornal condenada ao pagamento de indenização pelos danos morais causados, com o argumento principal de que o jornal “(...) ao fazer a publicação levada a termo, exerceu a sua liberdade de imprensa. Mas essa liberdade de imprensa cede, resta ver, diante dos direitos assegurados constitucionalmente à apelante.”¹²⁶ Na

¹²⁵ GRIPP, Alan; STUCKERT FILHO, Roberto; LEALI, Francisco. Voto combinado na rede. **O Globo**, Rio de Janeiro, 23 ago. 2007. O País.

¹²⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 112.

sequência, opostos os embargos infringentes, o mesmo Tribunal reformou o acórdão, considerando que:

A imagem das pessoas constitui uma forma do direito à intimidade. Quem que preservar sua honra e sua intimidade não expõe os seios para deleite da multidão. Se a embargada resolveu mostrar sua intimidade às pessoas, deve ter maturidade suficiente para suportar as consequências de seus atos e não atribuir à imprensa a responsabilidade pelo ocorrido. É importante salientar que a praia estava cheia e era feriado. **A fotografia não foi obtida de recinto ou propriedade particular, ou de ambiente exclusivamente privado.** Mas muito pelo contrário, o fotógrafo simplesmente registrou o que estava à mostra para todos os presentes na Praia Mole, naquele momento.¹²⁷ (GRIFOU-SE)

Observa-se, claramente, a utilização do critério “lugar público” para legitimar a difusão desautorizada da imagem da moça, pelo jornal, a pretexto do exercício da liberdade de informar. Todavia, o que não foi sopesado pelo Tribunal é a questão da (in)validade do consentimento tácito da banhista para registro de sua imagem e posterior propagação em material impresso, considerando a expectativa e a ciência da captação do retrato desnudo.

O simples fato de a moça realizar o *topless* na praia não conduz entendimento de que tenha consentido em se expor para fins de reportagem em jornal de circulação significativa. A única conclusão que se pode extrair da conduta da banhista é que houve consentimento em se expor aos presentes na Praia do Mole, naquele momento em específico.

Em outras palavras, ao fazer o *topless*, não é possível concluir que a jovem estava autorizando implicitamente a sua exposição de maneira amplificada, isto é, a todos os leitores do jornal, pois “(...) a amplitude do público do Diário Catarinense é significativamente maior e naturalmente diversa do público frequentador do setor específico da Praia Mole onde se localizava a retratada.”¹²⁸

Ainda, importa considerar a reduzida expectativa que tinha a moça em se ver estampada em jornal de grande circulação, fazendo *topless*. Se o fotógrafo teve que se valer de recursos tecnológicos, como o eficiente *zoom*, em razão da distância da captação da imagem, não tinha a banhista notado a presença daquele,

¹²⁷ Ibid., p. 113.

¹²⁸ Ibid., p. 113.

demonstrando-se, mediante essa conduta, o abuso de direito cometido pela imprensa, sob o véu do discurso da liberdade de informação.

Outro ponto a ser levantado: como a exposição da retratada era muito grande, por respeito à pessoa e observância ao direito de imagem, deveria o órgão de comunicação ocultar a face da moça, pois desnecessária sua identificação para os fins a que se propunha a matéria, qual fosse o de demonstrar novos hábitos das pessoas em faixas litorâneas.

Essa questão foi levada ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo a moça interposto Recurso Especial para reconhecimento judicial do seu direito de imagem e consequente indenização pelos danos morais causados. Como observado, tratava-se de emblemático conflito de direitos, de um lado o direito de informação, já que a matéria noticiava novos comportamentos de banhistas, à luz de mudanças culturais, e de outro, o direito à própria imagem, o qual, em regra, exige prévia autorização para que seja lícita a captação e veiculação de retratos.

Ocorre que o STJ ateu-se apenas ao simples critério do local público e da falta de associação do nome da pessoa à imagem veiculada, em confusão conceitual com o direito à identidade e à privacidade:

(...) a própria recorrente optou por revelar sua intimidade, ao expor o peito desnudo em local público de grande movimento, inexistindo qualquer conteúdo pernicioso na veiculação, que se limitou a registrar sobriamente o evento sem sequer citar o nome da autora. Assim, se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução sem conteúdo sensacionalista pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.¹²⁹

Decisões com essa fundamentação, utilizando-se do critério “lugar público” para justificar a dispensa de consentimento do retratado tem sido correntes. Consideram como tácita a autorização do titular com a captação e veiculação da

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 595.600-SC (2003/0177033-2). Recorrente: Maria Aparecida de Almeida Padilha. Recorrido: Zero Hora Editora Jornalística S.A. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, 19 de março de 2004. Disponível em:< <http://www.faq.edu.br/professores/ymjunior/Direito%20Civil-1%BAPer%EDodo/2%BABim-%20DECIS%C3O%20DO%20STJ-SO%20DO%20TOPLESS%20QUE%20N%C3O%20GERA%20INDENIZA%C7%C3O-DIREITO%20%C0%20IMAGEM%20E%20PRIVACIDADE.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

imagem, na medida em que se expõe em local aberto, mesmo que a difusão ocorra para número muito maior de pessoas que aquele presente na localidade.

Contudo, cumpre dizer, a autorização do titular funciona como elemento essencial para o controle da legitimidade do uso da imagem por terceiros, devendo a sua utilização ser específica e limitada estritamente àquilo que foi autorizado. Entender diversamente cria espaços perigosos para o cometimento de abusos e excessos pela ação “pseudo-jornalística”.

Ainda que seja em via pública, o indivíduo deve ter assegurado seu direito ao anonimato,¹³⁰ isto é, de não ser identificado, de modo que o simples fato de se situar em local público não faz dispensar a autorização para a apreensão da imagem, a menos que a imagem não seja associável com facilidade à pessoa e não esteja esta em primeiro plano no retrato. Não basta, portanto, justificar a notícia com base no exercício do direito fundamental de informação, senão que se deve valorar, no caso concreto, se o exercício desse direito não está provocando um dano maior que o bem que se pretende realizar.

Para a defesa da prevalência da liberdade de informação, como direito preferencial em relação a todos os demais direitos, na linha sustentada pelo direito norte-americano e ecoada em parte considerável da doutrina brasileira,¹³¹ também não basta a simplista justificativa da primazia da coletividade sobre o particular. Isso, pois, o conflito de interesses deve ser valorado no caso concreto, tendo em conta alguns parâmetros, como o ânimo em informar, o interesse social da informação e a realização, na medida do possível, de todos os direitos em jogo, traduzindo-se estes em verdadeiros mandados de otimização.

A título ilustrativo, María Balaguer Callejón pontua que a ofensa aos direitos da personalidade de uma pessoa, notadamente a honra, também pode repercutir na coletividade, como no caso de se tratar de pessoa com cargo ou função pública, em

¹³⁰ O direito ao anonimato, também denominado pela doutrina de direito ao esquecimento, segundo Marc Carrillo, consiste no «*derecho de las personas de impedir que sean difundidos datos que les conciernan, cuando estos carezcan de relevância pública o de interés general para el ejercicio del derecho a comunicar información veraz*». <http://ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycoma/125/pyc125.pdf>

¹³¹ Cite-se por todos CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima face:** (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

que poderá causar desprestígio e descrédito na instituição pública dentro da qual exerça sua atividade profissional.¹³²

A liberdade de informação, como um dos diversos desdobramentos da liberdade de expressão, permite à sociedade o conhecimento de todas as questões noticiáveis, do ponto de vista do interesse informativo. O indivíduo imerso no Estado Democrático de Direito deve ter garantido o dinamismo das relações sociais e do trânsito de ideias, de modo que possa desenvolver livremente sua personalidade e, ao mesmo tempo, ter resguardado o seu âmbito pessoal, não devendo ver-se violado por ações sensacionalistas e curiosas da imprensa, independentemente do lugar em que esteja.

O critério do lugar público não deve, portanto, prevalecer. A questão do interesse público da informação é que deve ser levada em consideração para orientar a legitimidade da difusão da imagem e informações pessoais do indivíduo.

O mesmo raciocínio se aplica no caso das figuras publicamente conhecidas. É o que defende Royo Jara, para quem as pessoas conhecidas do público possuem o núcleo da intimidade da vida privada idêntico ao das demais pessoas ditas comuns, de maneira que o simples fato de se encontrarem em espaço público não redunde em autorização tácita, por si só, para que ocorra a intrusão do núcleo pessoal com a captação e veiculação da imagem.¹³³

Para se definir os contornos da esfera privada, a imagem captada e veiculada em matéria jornalística deve se relacionar com a relevância pública do acontecimento noticiado, bem como deve ser útil e necessária ao objetivo propugnado pelo redator da reportagem, e não o lugar em que se encontra a pessoa. É o que legitimaria o uso não consentido da imagem.

Desse modo, a publicidade decorrente de atividade profissional não induz à redução do âmbito pessoal do indivíduo. Se o personagem público estiver exercendo atividades particulares, não importa o fato de estar em lugar público, caso contrário, haveria um sacrifício desproporcional no livre exercício da autodeterminação

¹³² CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. **El derecho fundamental al honor**. Madrid: Tecnos, 1992. p. 170.

¹³³ JARA, José Royo. **La protección del derecho a la propia imagen**. Madrid: Madrid Colex, 1987. p. 74-75.

informativa que deve guardar a pessoa para o desenvolvimento da sua personalidade.¹³⁴

A proteção aos direitos personalíssimos dissociado do critério “lugar público” representa a concretização da liberdade de transitar, indispensável à democracia e à condição de cidadão.

A reflexão de Tucídides, no contexto da democracia ateniense clássica, serve à sociedade de vigilância que se vive em tempos atuais:

O regime que nós seguimos não inveja as leis dos nossos vizinhos, pois temos mais de paradigma para os outros do que seus imitadores. O seu nome é democracia (...). Participamos livremente na administração dos assuntos públicos, mas não escrutinamos com curiosidade e suspeição a vida particular dos nossos concidadãos, não os censuramos se fazem alguma coisa a seu bel-prazer, nem lhes lançamos aqueles olhares de censura que, mesmo quando não ferem, estigmatizam.¹³⁵

Assim, não é decisivo que o fato ocorra em lugar público para que se vislumbre a dispensa de autorização, ou mesmo o consentimento tácito, na captação e difusão da imagem. Há acontecimentos que se desenvolvem em localidades abertas ao público, mas dizem respeito apenas ao particular ou ao âmbito da vida privada, em relacionamentos com familiares e amigos, sendo ilegítimo qualquer ato intrusivo de terceiros no intuito de apreender e veicular momentos nos quais o retratado manifesta o livre desenvolvimento de sua personalidade, por intermédio das suas relações privadas. Com esse entendimento, Mota Pinto assevera que:

(...) a circunstância de um determinado facto ocorrer em público – salvaguardadas, porém, as restrições resultantes da qualidade de figura pública e da liberdade de informação – não pode, só por si, ser considerada como implicando uma autorização para a sua divulgação, uma vez que o critério para a determinação dos factos e situações protegidos não é meramente espacial, e o decurso em lugar público (por exemplo, de uma conversa ou encontro) não afasta a pertinência à ‘vida privada’.¹³⁶

¹³⁴ MEDRANO, Amelia Pascual. **El derecho fundamental a la propia imagen:fundamento, contenido, titularidad y límites**. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003. p. 125-128.

¹³⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 91.

¹³⁶ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. et al. **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. Coimbra: Coimbra Editora. 2001. v.2, p. 541.

Observa-se que para De Cupis, haverá consentimento tácito da reprodução da imagem de participante em evento público apenas quando estiver contextualizada com o fato em que foi capturada, devendo, ainda, existir necessidade razoável para justificar a restrição ao direito de imagem.¹³⁷

No entanto, David Festas defende que o âmbito de resguardo da pessoa humana deve ser respeitado inclusive em lugares públicos; não importa onde esteja o indivíduo, pois se se tratar de contexto íntimo ou privado desenvolvido em espaço público, qualquer publicação caracterizará ofensa ao direito de imagem e ao direito de privacidade, cumulativamente ou não, a depender do caso.¹³⁸

Na doutrina pátria, cumpre destacar Carlos Alberto Bittar, para quem o direito à própria imagem, entendida esta como manifestação da personalidade, integra a pessoa humana, não interferindo na intensidade da proteção, por si só, o local em que se encontra o indivíduo.¹³⁹

Como foi dito, citando Aristóteles, o homem na qualidade de animal social vive em comunidade, sendo imprescindível o acesso aos espaços públicos para que ocorram as interações sociais e se estabeleçam diálogos entre cidadãos, o que enseja a construção de opiniões públicas plurais. Ao mesmo tempo, a fim de garantir amplíssima tutela à dignidade da pessoa humana, o Estado não deve admitir que o direito à privacidade e à imagem somente encontre abrigo no espaço privado, onde o indivíduo se mantém insulado. Esses direitos devem ser também assegurados nos locais públicos, pois não os cindem da pessoa humana titular, em qualquer lugar que estiver.

¹³⁷ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p. 139.

¹³⁸ FESTAS, David de Oliveira. **Do conteúdo patrimonial do direito à imagem**: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e inter vivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 58.

¹³⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7.ed. Revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Forense Universitária, 2008. p. 95-96.

2.3.1 A IMAGEM DO INDIVÍDUO NA MULTIDÃO

No que concerne à imagem captada em multidão, cumpre anotar algumas observações importantes. Sempre que a imagem veiculada se referir à multidão, com intuito de registrar acontecimentos em lugares públicos, o direito de informar deve prevalecer em face do direito à imagem, tendo em vista a presença do interesse geral que tem a coletividade em saber o que se passa em logradouros.

Se a notícia tiver caráter meramente informativo, a veiculação da imagem sem autorização do titular, se for acessória no retrato da notícia, será legítima. Tendo a fotografia relação com a matéria jornalística, e a imagem do indivíduo apenas compuser parte integrante secundária ao cenário principal do retrato, não há que se falar em abuso de direito de informar ou ofensa ao direito de imagem.

A contrario sensu, havendo a reprodução destacada da imagem do seu titular, que, não obstante se encontrar em lugar público, esteja exercendo o seu direito ao descanso, no âmbito do círculo particular, não há que se considerar um direito de informação prevalente em face do direito à autodeterminação informativa que tem o retratado.

Em xeque, está a imagem do indivíduo enquadrada na imagem de lugares públicos, sempre que as fotografias destacarem a pessoa retratada do contexto da multidão, presente em espaços abertos ao público em geral.

Valendo-se do direito comparado, cumpre observar que o Código Civil português, em seu artigo 79º, nº 2, dispõe: “Não é necessário o consentimento da pessoa retratada (...) quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.”

Em outras palavras, segundo a lei portuguesa, o direito à imagem estaria limitado pela liberdade de informação, ensejando hipótese de dispensa de autorização do titular, sempre que seu retrato estiver enquadrado no retrato de lugares públicos, de fatos de interesse público ou de fatos que tenham ocorrido publicamente.

Nota-se, da leitura do dispositivo legal supracitado, que, dentre as distintas situações de enquadramento do retrato, tem-se duas modalidades associadas ao

contexto espacial, quais sejam “lugares públicos” e “fatos que hajam decorrido publicamente”.

Por sua vez, “fatos de interesse público” relacionam-se com a matéria objeto da informação jornalística.

No que concerne ao retrato de locais públicos, observa-se que tem sido corrente a publicação da imagem de pessoas, sobretudo de figuras públicas, ao se encontrarem em espaços públicos, sem o consentimento delas.

Na maior parte dos casos de matérias difundidas pelos órgãos de comunicação, constata-se a falta de interesse público na matéria veiculada, mas apenas o interesse do público, interessado em meras trivialidades habituais da vida dos outros.

No contexto da sociedade de vigilância atual, parece haver uma “consciência social” enraizada no sentido de que pessoas consideradas públicas, pelo simples fato de ocuparem uma localidade aberta ao público, podem ser retratadas sem a respectiva autorização do titular.

Anote-se que no Brasil essa prática da imprensa, manifestadamente ilícita, que repercute na pessoa humana, não decorre de nenhum dispositivo legal. Ao contrário, tal prática abusiva afronta acentuadamente a dignidade da pessoa humana, princípio fundante de todo o Estado brasileiro.

Mesmo em Portugal, em que pese haver texto legal expresso dispensando o consentimento do titular quando se tratar de imagem capturada e difundida em lugar público, os excessos da imprensa não podem ser acobertados pela interpretação do artigo 79º, nº 2 do Código Civil, o qual apenas estabelece ser prescindível o consentimento do retrato do indivíduo quando este estiver enquadrado no retrato de determinado local público.

O jurista português David de Oliveira Festas ilustra bem o tema, demonstrando os excessos cometidos pela imprensa, sob a falácia do discurso da função social da atividade jornalística:

Para melhor se compreender o que significa o enquadramento no retrato de um lugar público parece-nos poder distinguir três hipóteses, tomando como referência a imagem de uma praia. A primeira hipótese é a de se tratar de um retrato de uma praia em que aparecem centenas de pessoas irreconhecíveis. Este caso está fora dos limites do direito à imagem por não haver aí retrato de uma pessoa (...). Imagine-se, porém, que num retrato da mesma praia surgem dezenas de banhistas em que se consegue reconhecer alguns deles. Neste caso, pode tratar-se de uma situação em que o retrato dessas pessoas esteja verdadeiramente enquadrado no retrato de um lugar público (a praia). Haverá dispensa do consentimento nos termos do art. 79º/2. Finalmente, temos a situação do retrato de uma pessoa (ou de várias) na praia, surgindo o lugar público como mero ‘cenário’ do retrato da pessoa. Esta última hipótese é bem ilustrada com o caso decidido pelo STJ 24.05.1984 (...), em que estava em causa a publicação na primeira página de um jornal da fotografia de uma senhora que se encontrava desnuda numa praia, sem que a retratada tivesse dado consentimento. Nesta última hipótese não havia qualquer enquadramento do retrato da senhora no retrato do lugar público. O objecto do retrato era a imagem da senhora que, naquele momento, estava na praia (...).¹⁴⁰

Nesse ponto, vale dizer, a proteção ao direito de imagem deve ser ampla, só havendo que se falar em retrato de multidão, como circunstância autorizante da captação do retrato da pessoa, sempre que estiver enquadrada em retrato de lugar público; se o objeto principal do retrato é o próprio lugar público, ou a multidão como um todo, e a pessoa retratada apenas estiver inserida no retrato de forma marginal, tem-se aqui uma limitação ao direito de imagem.

O retrato de fatos “que tenham decorrido publicamente” também pode servir à dispensa de consentimento. Nesse caso, não necessariamente os acontecimentos ocorrem em espaços públicos, basta que a exposição dos fatos seja aberta ao público. Com o mesmo raciocínio aplicado aos lugares públicos, para haver limitação ao direito à imagem, considera-se o critério do enquadramento no retrato de fato público.

¹⁴⁰ FESTAS, David de Oliveira. **Do conteúdo patrimonial do direito à imagem**: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e inter vivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 282. (Texto em nota da rodapé).

Reiterando, a proteção do núcleo da personalidade dos indivíduos deve ser garantida não só em lugares privados, mas também em locais públicos no sentido consagrado pela legislação espanhola, qual seja a Ley Organica 1/1982, em seu artigo 8, “item 2 c)”. Nele, está determinado que havendo informação gráfica sobre acontecimentos públicos, restará limitado o direito de imagem quando o retrato de uma pessoa funcione como elemento meramente acessório.

Trata-se de prevalência *prima facie* do direito de informar, “*prima facie*” pois nem todas as fotos da atualidade com caráter informativo, decorrentes de fatos públicos ou enquadradas em retratos de lugares públicos, podem ser publicadas sempre sem o consentimento expresso das pessoas que aparecem secundariamente. Há situações que se torna praticamente impossível consultar a autorização de todos os que compõem o retrato de multidão.

Por outro lado, existem eventos públicos que causam constrangimentos para aqueles que podem ser identificados no retrato. Nesse caso, se a fotografia é veiculada no dia seguinte ao fato público, sendo ele noticioso e atual, não há que se exigir a autorização expressa de cada uma das pessoas que apareçam no retrato. Todavia, se a mesma imagem for publicada um tempo mais tarde, em matéria atemporal, com finalidade simplesmente ilustrativa do tema ora veiculado, necessário se mostra o consentimento expresso daquelas pessoas facilmente identificáveis na fotografia do acontecimento público.

O tratamento despendido ao direito de imagem no Brasil, tanto sob a perspectiva do Judiciário, quanto na abordagem jornalística, deveria ser revisitado de forma a se coadunar com a dignidade da pessoa humana, garantindo um círculo mínimo de direitos necessários ao desenvolvimento pleno da personalidade de cada pessoa.

2.4 O HOMEM PÚBLICO, O INTERESSE PÚBLICO E O ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR

A utilização midiática da imagem de pessoas públicas não é prática inaugurada neste século XXI. O que ocorre, hodiernamente, é a instauração de novas tecnologias facilitadoras na captação e divulgação do retrato de qualquer

pessoa, em qualquer lugar, de maneira que torna mais recorrente e banalizada a exploração da imagem.

Com o intuito de demonstrar as raízes históricas do direito à imagem e sua relação com pessoas públicas, cumpre destacar alguns julgados que ganharam relevo e representaram um marco a partir do qual se pôde refletir mais densamente acerca do direito à própria imagem.

Em 1855, relata David Festas, ocorreu na França o primeiro caso em que o direito à imagem foi colocado em evidência no Judiciário, quando o Tribunal Civil de la *Seine* não permitiu que fosse exposto publicamente um quadro por meio do qual a diretora de uma congregação religiosa fora representada.

Também na França, alguns anos depois do caso anterior, em 1858, o direito à própria imagem serviu à fundamentação do tribunal francês para julgar o caso *Rachel*, em que proibiu a publicação da artista em seu leito de morte.¹⁴¹ A essa época, atribuía-se ao direito de imagem lógica de direito de propriedade; estabelecia-se uma relação proprietária entre a imagem (objeto) e seu titular, como será debatido no capítulo III.

A jurisprudência francesa passaria a encarar o direito à imagem como manifestação da personalidade da pessoa humana, sendo, por isso, direito da personalidade, apenas no século XX, e, ainda assim, não de maneira pacífica na doutrina e jurisprudência.

O caso Bismark, datado de 1899, foi considerado por Menezes Cordeiro como o fato que ensejou o início da construção do direito à imagem, embora, note-se, as situações francesas supracitadas sejam cronologicamente anteriores.

Este caso foi levado aos tribunais pelos filhos do chanceler em função da seguinte ocorrência: os requeridos entraram, sem autorização dos familiares, no quarto onde estava o corpo do falecido Bismark, e fotografaram-no. O tribunal “RG” condenou os réus a destruírem os negativos e restituírem as fotografias reveladas; todavia, ao contrário do que se poderia pensar, o tribunal não decidiu com fundamento no direito à imagem, mas sim na invasão de domicílio alheio.¹⁴²

¹⁴¹ FESTAS, op. cit. p., 29-30.

¹⁴² TEJEDOR, Fernando Herrero. **Honor, intimidad y propia imagen**. Madrid: Colex, 1994. p. 101.

No Brasil, o primeiro caso de discussão do direito à imagem em juízo, de acordo com João Fontes Júnior, se referiu ao pedido da *Miss Brasil Zezé Leone*, ocorrido em 1922, a fim de restringir a publicação da sua imagem capturada no âmbito privado.¹⁴³

Considerando a autodeterminação informativa, trazida do Direito Alemão para o Direito Português, por Paulo Mota Pinto, tem-se que os direitos da personalidade, apesar de possuir um núcleo rígido, conexo ao princípio supremo da dignidade da pessoa humana, apresentam conteúdo variável, tendo maior ou menor dimensão a esfera de proteção desses direitos, considerando-se as particularidades de cada pessoa.

Em função da autodeterminação informativa, o Tribunal Constitucional alemão entendeu, em decisão sobre a proteção de dados pessoais em ficheiros, que o indivíduo possuiria o direito de fixar o âmbito de divulgação das informações que apenas lhe dissessem respeito, como manifestação do livre desenvolvimento de sua personalidade.¹⁴⁴

O conceito da autodeterminação informativa é também aplicável ao direito à imagem, pois é o próprio titular quem vai delimitar o conteúdo desse direito, alargando-o ou restringindo-o, de acordo com o modo de conduta particular.

Entre as celebridades, o exercício da autodeterminação das informações pessoais é mais perceptível. Há muitos artistas que divulgam todos os fatos pessoais que ocorram no âmbito de sua vida pessoal, não resguardando o mínimo de reserva; publicam-se, em tempo real, nas mídias sociais, sem restrições quanto aos destinatários, tudo o que estejam fazendo. As informações vão desde resultados de testes de gravidez a rompimentos ou brigas em relacionamentos amorosos.

De outra banda, há também os artistas que procuram, quase em um esforço hercúleo, face às inúmeras intromissões ilegítimas na esfera pessoal, garantir uma ampla esfera particular, em defesa à autodeterminação pessoal.

¹⁴³ João Bosco Araújo Fontes Júnior *apud* Andréa Barroso Silva. Direito à imagem: o delírio da redoma protetora. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUEZ JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas. 2012. p. 286.

¹⁴⁴ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. et al. **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. Coimbra: Coimbra Editora. 2001. v.2, p. 528-531.

A correlação entre o comportamento do envolvido e âmbito de proteção da intimidade é discutida na obra de José Adércio Leite Sampaio:

O comportamento da pessoa é pedra fundamental para que se possa descortinar a licitude ou não de dada invasão da intimidade realizada pela imprensa. Aqueles que buscam os holofotes e fazem de suas experiências pessoais um teatro aberto aos olhos e ouvidos de todos, fazem presumir autorização ou consentimento tácito para que a mídia reproduza, em uma plateia ainda mais ampliada, suas confissões e aventuras. Sem embargo, essa franquia pode vir a ser alterada pelo recolhimento ulterior da pessoa ao anonimato e à benevolência pacificadora do tempo.¹⁴⁵

Quando em questão pessoas midiáticas, cumpre esclarecer que essa condição não serve para legitimar qualquer invasão aos direitos da personalidade. A afirmação de que uma pessoa é pública não deve prosperar, porque todo Homem possui um núcleo rígido de direitos da personalidade, dentre eles a imagem e a privacidade, em observância ao valor da dignidade humana.¹⁴⁶ A expressão “pessoa pública” é comumente utilizada para:

(...) sugerir que o uso da imagem de celebridades dispensa autorização, pelo simples fato de que vivem de sua exposição na mídia. A rotulação de atrizes, atletas ou políticos como pessoas públicas vem normalmente acompanhada da sugestão de que seu direito à imagem – e também à privacidade (...) – é merecedor de uma proteção menos intensa do que aquela reservada às demais pessoas.”¹⁴⁷

Anderson Schreiber, destoando do entendimento firmado pela doutrina e jurisprudência majoritárias, considera que a proteção ao direito à imagem das celebridades possui igual intensidade ao de uma pessoa comum.

Nessa toada, a pessoa notória possuiria o mesmo direito de qualquer um, tendo, por isso, o direito de impedir a veiculação não consentida de sua imagem, exercendo a livre autodeterminação das informações pessoais.

¹⁴⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada:** uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 391.

¹⁴⁶ “Pessoas são privadas por definição.” SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** São Paulo: Atlas, 2011. p. 107.

¹⁴⁷ Ibid., p. 108.

Ressalve-se que o direito a essa autodeterminação deve possuir apenas limites em função de outros interesses constitucionalmente protegidos, como o regular exercício da liberdade de imprensa, ou em razão de situações dispostas na legislação infraconstitucional, como, em casos de necessária administração da justiça ou de manutenção da ordem pública, nos termos estabelecidos no Código Civil de 2002, em seu artigo 20, *caput*.

O âmbito de proteção da personalidade, no trato do direito à imagem e do direito à privacidade, não pode ser delimitado por terceiros interessados em capturar a representação exterior de pessoas notórias e expô-las na mídia, mas sim pelo titular dos direitos da personalidade, quem de direito possui o controle das informações e dos aspectos pessoais que pretende divulgar, e pelos limites estipulados na legislação, em observância ao interesse público.

Assim, a atribuição de “pública” a alguma pessoa não pode prevalecer sobre o direito à própria imagem e ao direito à privacidade. Deve o caso concreto ser analisado, a fim de aferir se a exceção legal *prima facie* se justifica. Nesse tema, cumpre apreciar as valiosas lições de Carlos Alberto da Mota Pinto:

Note-se, contudo, que mesmo as pessoas célebres ou as “vedetas” populares têm o direito de fixar os limites do que pode ser publicado ou não sobre a sua vida íntima. A celebridade não exclui a discrição e a própria complacência frequente com a publicidade não significa uma renúncia definitiva a uma esfera de intimidade, embora esta complacência não possa deixar de significar uma renúncia a uma esfera de intimidade tão extensa como a dos outros cidadãos.¹⁴⁸

Segundo afirma Pedro Pais de Vasconcelos, não se deve impor às pessoas uma *capitis deminutio*, por causa de uma exposição pública voluntária anterior. A diminuição do núcleo de direitos da personalidade protegido pelo Direito somente poderia ocorrer se justificada pelo interesse público na divulgação dos fatos. Para este autor, o interesse público representaria uma causa de exclusão de ilicitude em relação estrita aos fatos reputados de tal interesse, não havendo o que se falar em caráter público da pessoa ligada a esses fatos.¹⁴⁹

¹⁴⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3.ed.. 5ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 209.

¹⁴⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do Direito Civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 64.

Com entendimento diverso, Adriano de Cupis defende que há, no que concerne às pessoas ditas públicas, âmbito de proteção ao direito de imagem reduzido. Sugere, no entanto, que a proteção da imagem deve permanecer intacta quando relativa ao núcleo íntimo da vida privada, de modo que questões adstritas à curiosidade pública não podem prevalecer sobre os direitos à imagem e à privacidade.¹⁵⁰ Nota-se que este reconhecido autor estabelece controversa relação de subordinação da imagem ao direito à privacidade, o que será discutido no capítulo seguinte.

Por sua vez, há autores que entendem pela redução do alcance, além do direito à própria imagem, também do direito de privacidade, quando se trata de pessoas midiáticas, como faz Rita Amaral.

Se por um lado esta autora diverge de De Cupis ao defender uma redução da própria esfera de proteção da vida privada de pessoas notórias, de outro, constata-se ponto comum entre ambos os autores, na medida em que Rita Amaral também sustenta ser a imagem parte integrante da tutela do direito de intimidade da vida privada.

Para a autora, até mesmo a curiosidade pública estaria amparada pelo Direito, funcionando como justificante para mitigação dos direitos de imagem e privacidade, pois, segundo afirma, na curiosidade pública está presente o interesse público.¹⁵¹

A tese de que o âmbito de alcance dos direitos de imagem e privacidade é restrito, em caso das “pessoas públicas”, está reforçado por Rita Amaral ao escrever que inúmeros casos de suposta colisão entre o direito de informação e os direitos da personalidade, ligados à imagem e à privacidade, na verdade não o seriam, pois não haveria, para ela, tutela ampla da vida privada de pessoas famosas.

Razão maior assiste àqueles que defendem que o exercício dos direitos da personalidade à imagem e à privacidade deve ser assegurado à pessoa humana, sem distinções entre “pessoas públicas” e “pessoas privadas”, já que a Constituição Federal não permite diferenciações e gradações de dignidade à pessoa humana.

¹⁵⁰ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p. 138.

Nessa esteira, admitem-se apenas limites estreitamente conexos ao verdadeiro interesse público, que nada tem a ver com curiosidade ou fofoca pública.¹⁵² Nem tudo que desperta o interesse do público é matéria de interesse público.

Conforme destaca Paulo Mota Pinto, o direito à imagem e o direito de privacidade levam consigo uma carga de liberdade, correspondente à livre autodeterminação informativa.¹⁵³

O consentimento ganha importância de primeira grandeza, pertencente à autonomia privada, o que implica o dever imposto *erga omnes* de não veicular imagens e informações pessoais em geral, sem a vontade legítima do seu titular, expressa e inequívoca.

Para Juan José García Ferrer, o titular de um cargo eletivo possui o núcleo de intimidade menor em relação aos demais indivíduos em geral, pois nesta figura está encarnada de maneira mais concreta, direta e especial o interesse público.

Assim, no caso do político, o interesse do público não estaria restrita à matéria correspondente ao seu campo de atuação, mas também haveria um interesse juridicamente por um desenho mais completo da pessoa daquele que exerce um mandato eletivo. Significa dizer que os políticos em geral possuem o direito de autodeterminação informativa mais limitados que qualquer outra pessoa com fama ou notoriedade, mas sem projeção política.¹⁵⁴ Cumpre anotar as lições de Juan Ferrer:

Calificar a las personas como públicas o privadas solo es válido cuando analizamos la verdad o con el fin de determinar si existe una aquiescencia indirecta en estrechar su contenido esencial de honor e intimidad, sin embargo, no para determinar si son de interés público. Toda persona pública (com notoriedad extendida) puede recibir una imputación siempre que no exista malicia probada; asimismo,

¹⁵¹ CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil. In: TELLES, Inocêncio Galvão (Org.) **Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha**. Lisboa: FDUL, 1989. p. 394-395.

¹⁵² Cite-se por todos, Anderson Schreiber no Brasil e Paulo Mota Pinto em Portugal, com as obras aqui já referidas.

¹⁵³ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. et al. **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. Coimbra: Coimbra Editora. 2001. v.2, p.531.

¹⁵⁴ FERRER, Juan José García. **El Político**: Su honor y vida privada. Madrid: Edisofer, 1998. p 125.

*quienes voluntariamente se ven mezclados en asuntos que interesan a la gente, ven decrecer su ámbito de protección de los derechos de la personalidad no porque sean personas que encarnen el interés público, sino porque, por voluntad propia, han decidido dedicarse a trabajos en los cuales tanto los ciudadanos como los medios de comunicación determinan de forma especial la fama o anonimato de quienes participan.*¹⁵⁵

Nessa matéria, importa revelar os estudos do português Ricardo Pinto, para quem o fato de que uma pessoa pública tenha divulgado sua imagem e informações da vida privada, ou admitido que terceiros o façam, não a condena a suportar veiculação de outras informações que só lhe digam respeito, isto é, dados sem vínculo com a atividade profissional do indivíduo.

Assevera este autor que não existe a figura do consentimento tácito nesses casos, sustentando seus argumentos com base na jurisprudência francesa, segundo a qual a simples tolerância de uma pessoa em relação à divulgação de seus bens personalíssimos – imagem e privacidade – não implica presumir a permissão definitiva para posteriores intromissões da imprensa, caso contrário, haveria, então, a violação de direitos da personalidade.¹⁵⁶

Com igual repúdio não se deve aceitar a ideia de que fatos e retratos anteriormente autorizados e divulgados em outro contexto possam ser novamente expostos publicamente, em outras circunstâncias, tempo e lugar, a critério dos editores pertencentes aos órgãos de comunicação. Basta lembrar-se, como se sobressaltou no capítulo primeiro, que os direitos da personalidade são direitos irrenunciáveis, não podendo ser cedidos perpetuamente a ninguém, mesmo que isso fosse quisto pelo titular.

Ademais, como alertado por Ricardo Pinto, a autorização, pela pessoa pública, em divulgar determinadas informações e retratos se refere a somente esses dados. O negócio que integra a autorização deve ser certo e determinado relativamente aos dados fornecidos, não podendo haver uma autorização geral e

¹⁵⁵ Ibid., 125.

¹⁵⁶ PINTO, Ricardo Leite. Liberdade de imprensa e vida privada. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, ano 54, n. 1, p. 27-147, 1994.

perpétua para divulgação de todos os bens personalíssimos, sejam pretéritos ou futuros.¹⁵⁷

Em se tratando de direitos da personalidade, não se pode, então, falar em consentimento tácito para justificar a divulgação sem manifestação de vontade expressa daquele que tem a sua imagem e vida privada registradas ao público.

Assim, o silêncio da pessoa pública, ao se ver registrada para veiculações sem qualquer conteúdo informativo e sem relação com o interesse público, não legitima, nem sana a ilegalidade dessa conduta, que é também antiética, dos meios de comunicação, os quais tendem – e usualmente tem êxito – em transformar o indivíduo em simples manequim ou simples objeto de informações. Nesse ponto, Paulo Mota Pinto é contundente ao afirmar:

(...) se notarmos ainda que o objecto do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada – na medida em que a informação cujo controlo está em causa é apenas a relativa à vida privada – é conformado de forma decisiva pela actuação do titular, podemos concluir sem dificuldade que uma recondução dogmática ao consentimento do ofendido (titular), visto como causa de exclusão da ilicitude, das consequências da actuação voluntária do titular sobre o direito à reserva seria, também no direito civil, para além de errônea, fortemente redutora.¹⁵⁸

Oportuno, aqui, colacionar dois julgados paradigmas sobre o tema em pauta, um de Portugal e outro do Brasil:

No Recurso de Revista 01B2853, do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, julgado em 8/11/2001, sendo relator o Conselheiro Quirino Soares, decidiu-se expressamente que “tanto a notoriedade como o enquadramento público não justificam, sem mais, a liberdade de divulgação do retrato – há que, caso a caso, ponderar se se verificam as razões de valor informativo que estão na base dessa liberdade.”

No Recurso Especial n. 58101/SP, do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, julgado em 16/7/1997, sendo relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, decidiu-se que “(...) todavia, não se deve exaltar a liberdade de informação a ponto de se consentir que o direito à própria imagem seja postergado, pois a sua exposição deve condicionar-se à

¹⁵⁷ Trataremos com mais minúcia do tema “negócio jurídico e direitos da personalidade” no capítulo terceiro.

¹⁵⁸ MOTA PINTO, Paulo. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. et al. **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. Coimbra: Coimbra Editora. 2001. v.2, p. 531.

existência de evidente interesse jornalístico que, por sua vez, tem como referencial o interesse público, a ser satisfeito, de receber informações (...).¹⁵⁹

Certo é que a notoriedade da pessoa retratada, notadamente em função do cargo público que ocupa ou de profissão outra que lhe renda popularidade – por exemplo, músicos e atores expressivos –, pode ensejar limites aos direitos da personalidade à própria imagem e à privacidade.

Observa-se, contudo, que a popularidade possui forte carga subjetiva, corresponde ao conhecimento e ao interesse que uma pessoa desperta na coletividade, mas que nem sempre se dirige objetivamente aos fatos concernentes à profissão pela qual a pessoa é conhecida. Assim, se uma notícia retrata a imagem desse indivíduo em contexto profissional e difunde informações relacionadas à sua atividade, prevalece o direito de informação.

Sem dúvida, a popularidade conduz a uma redução do âmbito de tutela da imagem e vida privada, pois a profissão de notoriedade que ocupam usualmente relaciona-se com o interesse público, como no caso daqueles que exercem função ou cargo públicos. Entretanto, reforça-se, não são todas as informações atinentes à figura pública que justificam a publicização.

Há quem sustente – sobretudo os setores de comunicação – que aqueles que perseguem a fama ou escolhem determinada atividade de caráter público, ao fazer tal opção, abdicam do anonimato e do resguardo da vida privada, entendimento este que se tem abominado no presente trabalho.

A escolha de uma pessoa em se dedicar a certa atividade não implica, de maneira alguma, renúncia permanente aos direitos da personalidade, no que tange à imagem e à privacidade. Até porque já é assente na doutrina e jurisprudência, além de haver dispositivo legal expresso no Código Civil pátrio, quanto à irrenunciabilidade dos direitos da personalidade.

José de Oliveira Ascensão pontua que o titular pode renunciar, circunstancialmente, ao exercício de um direito da personalidade, mas não é lícita a renúncia ao próprio direito.¹⁶⁰

¹⁵⁹ SILVA, Andréa Barroso. Direito à imagem: o delírio da redoma protetora. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUEZ JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas. 2012. p. 303.

O cerne da dificuldade que tem a pessoa pública em exercer, por si só, a autodeterminação informativa consiste na tendência de serem veiculadas informações que passam longe de questões conexas ao interesse público propriamente dito. É certo que em função da notoriedade, estão mais suscetíveis às críticas e exposição. Até aqui, tudo bem, o problema é que comumente as fronteiras do público são ultrapassadas pela mídia, adentrando no âmbito privado e passando a tratar da pessoa como um todo.

Como fora demonstrado, consideram alguns autores que o alcance dos direitos à imagem e à privacidade varia em função dos sujeitos, a depender do fato de serem públicos ou comuns.

Todavia, não se afigura o melhor critério para justificar os limites desses direitos em face da liberdade de informação, propondo-se o critério do interesse público como o mais adequado para aferição das condições de o exercício legítimo da liberdade de imprensa.

Para outro seguimento da doutrina, do qual o presente trabalho faz parte, considera-se legítima a divulgação da imagem e de questões pessoais apenas quando tiver o objetivo de subsidiar a sociedade de informações correlatas à função pública do retratado.¹⁶¹ Nesse passo, o jurista português Jonas Machado sustenta:

(...) do ponto de vista jurídico-constitucional, se existe um interesse público legítimo na exposição de factos ou na formulação de juízos de valor relacionados com o exercício de funções públicas, ela deve ser feita de forma aberta e desinibida. Se, entretanto, violarem dimensões pessoais e privadas da esfera jurídica individual dos titulares de funções públicas, serão acauteladas através da ponderação com o interesse público.¹⁶²

Na Alemanha, aponta Medina Guerreiro, há uma importante distinção entre “pessoa de atualidade absoluta” e “pessoa de atualidade relativa”. O primeiro grupo consiste na categoria daqueles que despertam a atenção pública por causa da relevância ou *status* da pessoa, independentemente de acontecimentos correntes na

¹⁶⁰ ASCENSÃO, op. cit., p. 84.

¹⁶¹ KOHLER, Josef. **A própria imagem no direito**. Tradução de Walter Moraes. Revista Interamericana de derecho intelectual. São Paulo, v. 2, nº 2, jul-dez. 1979. p. 54.

¹⁶² MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 817.

atualidade. O segundo grupo corresponde aos particulares que são, subitamente, envolvidos em assuntos de ordem pública, como é o caso daqueles que adquirem notoriedade episódica, por participação em fatos publicamente relevantes, como desastres naturais e acidentes em geral.¹⁶³

Observa-se que o critério alemão em pauta distinguiu pessoas para justificar limites maiores ou menores de interferência no núcleo particular.

O Tribunal Constitucional Espanhol também estabeleceu alguns parâmetros para classificar as pessoas na sociedade, em função da publicidade. São *personas públicas* aquelas que ocupam um cargo ou função pública, como as autoridades públicas; pessoas com *notoriedade pública* são aquelas assim consideradas por outras circunstâncias que não necessariamente relativas à profissão, como, por exemplo, participantes de *reality shows*; as demais pessoas seriam então denominadas de *particulares*.

Assim, o Alto Tribunal Espanhol definiu as pessoas, partindo da dicotomia entre público e privado. Atribuiu-se a denominação de “personagem público” para aqueles que ostentam um cargo ou desempenham uma função. Consiste em uma categoria que se relaciona, de algum modo, com a administração do poder público, sendo que sua imagem, suas opiniões, sua conduta estão submetidas ao escrutínio dos cidadãos, que têm um interesse legítimo, assegurado pelo direito de ser informado como a autoridade pública exerce aquele poder em seu nome. Devem ser submetidos ao escrutínio da opinião pública e, em consequência, admite-se que sejam divulgadas não apenas informações sobre o que dizem e fazem no exercício de suas funções, mas também a forma como age à margem do exercício público, sempre que houver uma relação direta e evidente com o desempenho de seus cargos.¹⁶⁴

Ainda, de acordo com esse Tribunal, pessoas que possuem *notoriedade pública* são aquelas que alcançam certa publicidade em razão de sua atividade

¹⁶³ GUERRERO, Manuel Medina. **La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación**. Valencia: Titant Lo Blanch, 2005. p. 142.

¹⁶⁴ Tradução livre dos acórdãos STC 192/1999, FJ 7º E STC 134/1999 FJ 7º apud CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. **La configuración constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución Brasileña de 1988**. 2008. 813 f. Tese (Doctorado em derecho constitucional) - Departamento de derecho constitucional, Universidad de Sevilla, España, 2008. Disponível em: <<http://fondosdigitales.us.es/tesis/autores/185/>>. Acesso em: 15 set. 2012. p. 337.

profissional ou outra circunstâncias, tal qual ocorre com pessoas que difundem ampla e habitualmente fatos e acontecimento de sua vida privada, ou que adquirem um protagonismo eventual em situações de relevância pública. Essa notoriedade é alcançada mediante uma “autoexposição” exagerada da atividade profissional que desenvolvem ou de sua vida privada.¹⁶⁵ Por sua vez, os demais corresponderiam aos particulares.

Na linha da Corte Espanhola, admitem-se, amplamente na doutrina e jurisprudência, efeitos limitadores ao direito à própria imagem e ao direito à vida privada, levando-se em consideração o cargo ou função pública do qual a pessoa é titular, de modo que, a partir da sua atuação em dimensão pública, renuncia ao direito de permanecer no anonimato, como é o caso dos políticos.

Na opinião de Kohler, o detentor de um cargo ou função política deve estar ciente de que os demais possuem o interesse de vê-lo em imagens, para que a sociedade possa ter uma ideia clara sobre as autoridades públicas que conduzem o Estado.¹⁶⁶

Levando-se em conta o princípio democrático, justifica-se a necessária veiculação de informações atinentes àqueles que gerem a coisa pública, viabilizada a partir de uma relação equilibrada entre o exercício da função pública e o caráter informativo da notícia.

Destarte, a redução da esfera garantida pelo direito à vida privada e pelo direito à própria imagem é tratada como implicação lógica daquele que ocupa um cargo eminentemente político no Estado. Daí que parcela majoritária da jurisprudência e doutrina retira o fundamento para sustentar os limites reduzidos desses direitos da personalidade, em observância às questões públicas e ao princípio democrático umbilicalmente ligado ao atributo da transparência.

Nessa perspectiva, entende-se que fatos e situações que possuam conexão direta e objetiva com o cargo público podem (e devem) ser noticiados, não havendo que se falar em intromissão da mídia no âmbito de proteção dos direitos da

¹⁶⁵ Tradução livre dos acórdãos STC 134/1999 e STC 99/2002 apud CUNHA E CRUZ. p. 337.

¹⁶⁶ KOHLER, Josef. **A própria imagem no direito**. Tradução de Walter Moraes. Revista Interamericana de derecho intelectual. São Paulo, v. 2, nº 2, jul-dez. 1979. p. 50-67.

personalidade, pois o que se verifica é o exercício legítimo da liberdade de informação.

É justamente nesse passo que ocorrem as questões mais controversas, já que a divulgação de informações pacificamente encaradas como privadas para uma pessoa comum, não o são assim interpretadas, pelo menos para grande fatia dos meios de comunicação, quando se trata de pessoas públicas.

As pessoas públicas têm constantemente retratos e dados da vida privada revelados e registrados na imprensa, sob o argumento de que a sociedade tem o direito difuso de ser informada acerca da conduta que se pauta inclusive em sua vida pessoal, a fim de se aferir a verdadeira aptidão para o desempenho das funções públicas.

Em suma, sob o discurso da liberdade de expressão no contexto de um Estado Democrático, usualmente defende-se que as pessoas públicas estariam obrigadas a suportar as constantes intromissões midiáticas.

Em decisão antiga do Tribunal Constitucional da Espanha, já se decidiu que, ao contrário da “pessoa privada”, os personagens públicos, ao optarem por essa condição, devem tolerar certo risco de lesão aos seus direitos da personalidade.¹⁶⁷ Observa-se que aqui foi adotada a controversa expressão “pessoa privada”, o que seria um equívoco, tendo em vista o fato de ontologicamente toda pessoa ser “privada”, conforme já fora refletido *supra*.

Nesse tema, o espanhol Javier Plaza Penadés sustenta que o simples fato de a informação veiculada dizer respeito à pessoa pública não conduz ao raciocínio de que questões evidentemente pertencentes ao âmbito privado não estariam protegidos pelo direito à intimidade, pois os direitos da personalidade sempre consistirão em limites à liberdade de expressão.

Penadés assevera que o elemento subjetivo do caráter público de uma pessoa deve ser considerado em conjunto com o elemento objetivo do interesse público, para que se verifique a legitimidade da interferência no núcleo privado. Se a notícia desperta verdadeiro interesse para a sociedade, a referência à pessoa comum ou pública fica em plano de segunda importância, porque prevalece o direito de informação. Para esse autor, a diferença entre o homem público e o comum

reside no grau de tolerância daquele no que concerne às informações que lhe façam referência.

Corroborando com esse posicionamento, destaca-se o julgado do Tribunal Constitucional Espanhol trazido por esse autor, com as seguintes ponderações: ainda que o direito à intimidade, como limite da liberdade de informação deva ser interpretado restritivamente, isso não faz supor que os personagens públicos, e, sobretudo seus familiares, devam sacrificar, de maneira absoluta, o direito à intimidade.¹⁶⁸

Reforça-se que não é toda informação conexa à figura pública que guarda relação com o interesse público, devendo, por isso, ser respeitado seu direito à autodeterminação pessoal, ainda que reduzido em razão do cargo, se não restar presente o elemento objetivo da relevância para a sociedade. A resolução do conflito entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação deve, portanto, se pautar no interesse geral, com o qual, sublinhe-se, não se confunde a curiosidade pública.

Nesse momento textual, importa distinguir a notícia de caráter informativo, dirigida à formação da opinião pública, daquela de cunho meramente especulatório, que adentra o âmbito privado da pessoa, de maneira que se cria uma espetacularização da intimidade alheia, para satisfação da curiosidade popular.

No intuito de definir o que seria uma informação “noticiável”, para grande fatia da mídia, de tendência fortemente sensacionalista e atenta ao apelo popular para ganhar o mercado, uma oração, cuja autoria é atribuída ao editor estadunidense Charles Dana (1819-1879), estabelece ironicamente os parâmetros para tanto, a partir de uma ilustração: “Quando um cachorro morde um homem, isso não é notícia. Se um homem morde um cachorro, isso é notícia.”¹⁶⁹

Óbvio que os setores de comunicação em geral, inseridos no contexto capitalista global, preocupam-se em despertar a atenção do “leitor consumidor”.

¹⁶⁷ Tribunal Constitucional da Espanha, Sentencia 165/1987 apud PENADÉS, Javier Plaza. **El derecho al honor y la libertad de expresión**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996. p. 118.

¹⁶⁸ Julgado do Tribunal Constitucional da Espanha, STC 197/91 apud PENADÉS, op. cit., p.119.

¹⁶⁹ BORTOLOTTI, Plínio. **O povo**. Brasília, 16 ago. 2005. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/news/view/plinio_bortolotti_28908>. Acesso em: 17 out. 2011.

Todavia, os jornais que realmente atendem à função social da comunicação, seguramente, dirigem suas preocupações, em primeiro plano, para o cumprimento do papel de concretização da liberdade de imprensa com responsabilidade e respeito ao Estado democrático e à pessoa humana. No que concerne à atuação da mídia hodiernamente, Fernando dos Reis Condeso, pautando-se por outros vários especialistas no tema, faz um diagnóstico apurado:

(...) o esquema empresarial e industrial moderno, donde vêm hoje os dirigentes da comunicação social, menos sensíveis à investigação da veracidade e buscando o *new business* neste mercado da informação em concorrência extrema, e que controlam essa comunicação, condicionando as mentalidades à escala mundial (como já previra Aldous Huxley e George Orwell), concebe a *informação como mercadoria* em prejuízo do seu papel democrático, num mundo em que a mundialização, velocidade de circulação e hipermediatização da comunicação não significa hoje nem boa nem verdadeira informação. (...) Isto é a *era da informação virtual* e é também a *era da auto-intoxicação*, cada vez menos órgãos de comunicação evitando publicar o *pathos*, e das inverdades da contra-informação (sem se preocupar menos com a máxima *neminem laedere*), os boatos, as notícias não confirmadas (e atentando exclusivamente nos factos e actos verificados), ou não publicando os dados ocorridos se desagradam aos detentores dos vários poderes instalados na sociedade. Hoje, *ex post facto*, como afirma Ryszard Kapuscinsky, 'o chefe de redacção ou director de um jornal já não exigem que uma informação seja verdadeira, mas apenas que seja interessante. Se se considera que não o é, já não é publicada. De um ponto de vista ético é uma alteração considerável.'¹⁷⁰

Para efetivo desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, nos moldes mirados pela Constituição Federal, não deve a notícia ser tratada meramente como um produto colocado no mercado para que seja consumido. Antes, deve levar em conta o interesse público que nela deve ser veiculado, a fim de contribuir para o debate de questões eminentemente ligadas à sociedade e que possa propiciar uma capacidade crítica-reflexiva para a formação de cidadãos.

Por isso, não é a curiosidade do público que deve prevalecer no momento em que o editor define o que será "noticiável", ou qual será o objeto de maior destaque na imprensa. Ao contrário, é o interesse da sociedade que deve ser sobrevalorizado como critério de decisão daquilo que será publicado ou enfocado.

¹⁷⁰ CONDESSO, op. cit., p. 85-88.

Nesse ponto, Plínio Bortolotti alerta: “Há momentos em que as duas coisas coincidem; outros, se divorciam. O público pode ter, por exemplo, curiosidade por bisbilhotar a vida pessoal de um político ou de um empresário, mas o jornal não tem o direito de expô-los apenas para satisfazer indiscrições.”¹⁷¹

A prática corrente demonstra ser cada vez mais frequente a violação dos direitos da personalidade. É crescente a postura da imprensa em provocar demasiada atenção de parte do público acerca de temas pessoais, familiares e sentimentais, transformando indivíduos em verdadeiros objetos do espetáculo midiático. Basta assistir à televisão ou folhear uma revista de fofocas – dentre tantas existentes no mercado – para constatar o circo dos horrores aos direitos à própria imagem e à privacidade, sob a perspectiva da tutela da pessoa humana, alicerçada por uma ampla dogmática dos direitos da personalidade.

Partindo dessa linha de raciocínio, Sonia Carmelita di Gesu questiona, a título ilustrativo, como se poderia sustentar que a foto de um jogador de futebol surpreendido na companhia de uma mulher, que não a sua esposa, possa atender à exigência pública da informação? E prossegue a autora, considerando que se de um lado os mesmos personagens públicos frequentemente consentem, pelo menos tacitamente, na difusão da imagem e informações pessoais das quais têm a titularidade, pois esse comportamento amplifica a fama que possuem, por outro lado, também é verdade que esta lógica tem servido à imprensa para o cometimento de ações abusivas, desproporcionais e ilegítimas, gerando intromissões em eventos íntimos, o que demonstra excessos que ultrapassam, e muito, os limites da legalidade.

Partindo dessa situação fática, pondera Carmelita que é desejável garantir uma maior proteção jurídica nos termos em que a imagem e a notícia se relacionam, para resguardar o patrimônio moral da pessoa humana em face da voraz curiosidade pública, ao custo de sacrificar, se for o caso, a audiência dos vários programas televisivos e manchetes de inúmeras revistas.¹⁷²

¹⁷¹ BORTOLOTTI, Plínio. **O povo**. Brasília, 16 ago. 2005. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/news/view/plinio_bortolotti_28908>. Acesso em: 17 out. 2011.

¹⁷² GESU, Sonia Carmelita di. **Il diritto all'immagine e la sua tutela**. p. 66. Disponível em: <<http://www.ildirittoamministrativo.it/allegati/IL%20DIRITTO%20ALL'IMMAGINE%20E%2>

Observa-se que parcela majoritária da doutrina especialista no tema não reconhece, pelo menos explicitamente, o âmbito privado pleno das figuras públicas, de modo que teriam o alcance dos direitos à imagem e à privacidade muito reduzidos.

Antonio Chaves é categórico ao afirmar que a divulgação da imagem de pessoas notórias será lícita quando justificada em função da notoriedade, impondo-se restrições ao interesse privado em razão do interesse público, o qual não se confunde com interesses particulares de terceiros.¹⁷³

Em sentido diverso, há corrente minoritária que defende o reconhecimento às figuras públicas dos personalíssimos à imagem e à privacidade de igual alcance daqueles que são considerados pessoas comuns, pois o que determina a veiculação legítima da imagem de qualquer pessoa é, como já fora consignado neste texto, a conexão lógica entre o conteúdo divulgado e a atividade por ela exercida ou fato no qual está inserida, de caráter necessariamente público.¹⁷⁴

Em que pese o critério pessoal – que parte da dicotomia “pessoa pública” e “pessoa privada” – ser largamente utilizado, conforme se pode verificar no desenvolvimento desse texto, verifica-se que esse critério não se afigura o mais adequado para fundamentar a mitigação do âmbito de proteção da imagem e privacidade.

Significa dizer que a notoriedade ou fama de uma pessoa não serve como parâmetro suficiente para justificar a compressão do direito de imagem e de privacidade, devendo, primeiro, ser aferida a necessidade de publicação, diretamente relacionada a um premente e atual interesse social da informação, ou seja, a um interesse jornalístico comprometido com a ética.

Como assinala Ruiz y Tomás, cabe ao retratado a faculdade de não permitir a veiculação da sua imagem, não havendo, nessa matéria, distinção entre pessoas públicas e privadas, já que as restrições legítimas impostas aos direitos à imagem e

[OLA%20SUA%20TUTELA%20a%20cura%20di%20Sonia%20Carmelita%20Di%20Gesu.pdf](#)
>. Acesso em: 17 jun.2012.

¹⁷³ CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 67, p.45-75, 1972. p. 61.

¹⁷⁴ Ver SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

à intimidade derivam da necessidade de convivência social harmônica e de satisfação dos interesses sociais lícitos, que nada tem a ver com a curiosidade.¹⁷⁵

Assim, não é lícita a divulgação da imagem com fins distorcidos sob o pretexto de haver relevância social, como ocorre em casos de manifesto interesse publicitário e comercial, com propósitos de auferir lucro à custa da exploração ilegítima do retrato alheio.

Sonia Carmelita di Gesu traz em comento uma situação fática submetida à análise da Suprema Corte italiana, na qual não foi admitida a possibilidade de invocar o interesse público à informação, por causa da natureza desse jornal e de seu fim exclusivamente dirigido ao lucro. O caso se referia à utilização da imagem de um personagem notório em uma publicação fotográfica com o escopo de exploração comercial, sem seu consentimento, o que, concluiu o tribunal italiano, era lesivo ao direito à imagem.¹⁷⁶

Defende Sonia Carmelita di Gesu que a pessoa notória conserva igualmente sua esfera íntima, a qual ninguém deseja deixar à ingerência de terceiros.¹⁷⁷ Com efeito, tem a figura pública o direito de conservar o direito à imagem, se a informação relaciona-se apenas à esfera de interesses e de atividades pessoais, estranhas às razões que ensejaram a notoriedade.

Desse modo, não se pode admitir como legítima a divulgação da imagem que não se atenha à exigência pública, porque uma difusão de informações sem a presença desse requisito satisfaria tão somente a mera curiosidade do público e os interesses comerciais de jornais que se valem da instrumentalização de bens personalíssimos das pessoas.

A notícia considerada relevante publicamente deve possuir certa transcendência, a fim de contribuir com o debate público em prol da sociedade. Em outras palavras, haverá relevância social na notícia quando servir ao interesse geral e houver conexão com questões públicas, ou seja, quando se referir a eventos que

¹⁷⁵ RUIZ Y TOMÁS, Pedro. **Ensayo sobre el derecho a la propia imagen**. Madrid: Reus, 1931. p. 107.

¹⁷⁶ GESU, Sonia Carmelita di. **Il diritto all'immagine e la sua tutela**. p. 61. Disponível em: <<http://www.ildirittoamministrativo.it/allegati/IL%20DIRITTO%20ALL'IMMAGINE%20E%20LA%20SUA%20TUTELA%20a%20cura%20di%20Sonia%20Carmelita%20Di%20Gesu.pdf>>. Acesso em: 17 jun.2012.

¹⁷⁷ Ibid., p. 62.

atinjam um conjunto de cidadãos, correspondendo a fatos com transcendência social, política ou econômica.

Robert C. Post define “assunto público” a partir de dois conceitos, quais sejam o normativo e o descritivo. O conceito normativo consistiria em assuntos relacionados à efetividade da democracia, assegurando-se o livre exercício da opinião; por sua vez, o conceito descritivo parte da análise empírica, sendo atribuído o adjetivo “público” àquilo que seja amplamente conhecido.¹⁷⁸

De acordo com Posner, os assuntos públicos são definidos por categorias hierarquizadas em função de valores democráticos. Em primeiro lugar na hierarquia, situam-se temas políticos; em segundo plano, estariam as informações em sentido amplo, como, por exemplo, matérias culturais, científicas e técnicas; a terceira categoria de assuntos públicos corresponderia às questões residuais, com fins de entretenimento.¹⁷⁹

Tem-se, portanto, a partir dessa categorização, o estabelecimento de uma escala gradual de importância da informação: (i) a primeira categoria atinente aos assuntos correntes na prática política, suscetíveis de amplo debate público; (ii) a segunda, com conteúdos de ordem social, econômica e cultural; (iii) a terceira categoria contempla assuntos ligados à experiência cotidiana, dirigidos tipicamente ao entretenimento e esvaziados de valor político.

Em escala valorativa inversa, a proteção dos direitos da personalidade – notadamente a imagem e a privacidade – é mais intensa na terceira categoria supramencionada. A redução do alcance do direito à própria imagem e do direito de privacidade é mais acentuada na medida em que a categoria de importância da notícia se intensifica, culminando em restrição mais palpável, sempre que se tratar de assuntos políticos situados naquele primeiro nível de relevância da informação.

Conclui-se que a notícia veiculada para simples satisfação da curiosidade do público, de caráter sensacionalista e com fins de entretenimento, rende proteção intensa da pessoa humana objeto da matéria. Isso, pois, como sustenta Jonatas

¹⁷⁸ *Apud* GUERRERO, Manuel Medina. **La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación**. Valencia: Titant Lo Blanch, 2005. p. 112.

¹⁷⁹ *Apud* CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. **La configuración constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución Brasileña de 1988**. 2008. 813 f. Tese (Doctorado em derecho constitucional) - Departamento de derecho constitucional, 96

Machado, “(...) o fato de determinadas informações sobre a vida privada dos cidadãos suscitarem o interesse do público, em termos fáticos, não significa que a sua divulgação seja interesse público, em termos normativos.”¹⁸⁰

O interesse público, portanto, faz dispensar o consentimento para a divulgação da imagem, enquanto que, por outro lado, o interesse do público apenas satisfaz a curiosidade das pessoas, sem qualquer relação com aspectos da política e demais questões social ou economicamente relevantes. Notícias que objetivam, claramente, saciar a curiosidade de terceiros, como intromissões indevidas na vida privada, captação de imagens surpreendendo pessoas em momentos indiscretos e veiculação de fatos sensacionalistas em nada tem a ver com a liberdade de informação.

Registre-se que, para Rodrigo Borholdt, apoiado na doutrina alemã de Friedrich Müller, o âmbito normativo da liberdade de imprensa compreende, conforme o caso concreto, os seguintes objetivos: (a) manifestação do dissidente; (b) democracia; (c) livre desenvolvimento da personalidade; (d) fins sensacionalistas; (e) integração social.¹⁸¹ Essas finalidades são “descobertas” no caso concreto, de modo que, a partir delas, permite-se fazer a ponderação em face dos direitos da personalidade.

A depender do escopo almejado no exercício da liberdade de informação, no caso concreto, interpreta-se a situação jurídica em favor dos direitos da personalidade, como deveria ser, sempre que o direito de informar repouse sobre os fins sensacionalistas.

E nesse andar, mostra-se pertinente o princípio da especificação dos propósitos, pensado originariamente para servir ao controle pessoal de dados íntimos, contra o uso por terceiros, sem autorização.¹⁸² Isso, pois, o *princípio da especificação dos propósitos* pode funcionar como parâmetro de aferição da legitimidade do exercício do direito de informar. A liberdade de informação com claros propósitos de despertar a atenção do público, por meio da exploração de

Universidad de Sevilla, España, 2008. Disponível em: <<http://fondosdigitales.us.es/tesis/autores/185/>>. Acesso em: 15 set. 2012. p. 326-327.

¹⁸⁰ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 793.

¹⁸¹ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Liberdade de expressão e direito à honra: uma nova abordagem no direito brasileiro**. Joinville: Bildung, 2010. p. 114.

informações pessoais, pode ceder, no situação em concreto, em favor dos direitos à honra, à privacidade e à imagem.

Assim se passa, ainda, com a divulgação de fatos verdadeiros, assegurada pelo âmbito normativo da liberdade de informação, sempre que houver colisão com os direitos da personalidade. O simples fato de uma notícia ser verdadeira não garante a prevalência, em concreto, do direito de informação sobre os direitos da personalidade, pois a veiculação desmedida e injustificada de fotografias e fatos estritamente pessoais provoca o desequilíbrio entre o exercício daqueles direitos.

Anderson Schreiber afirma, nessa ótica, que: "A própria forma visual de apresentação da notícia verdadeira pode trazer injustificada ameaça à reputação social da pessoa envolvida."¹⁸³ Desse modo, para a liberdade de informação alcançar sua finalidade legítima, à luz do paradigma da repersonalização do Direito, cumpre examinar se foram tomadas as cautelas razoáveis, exigíveis a um profissional de jornalismo *médio*, para a realização da informação em harmonização com o respeito aos direitos à imagem, à honra e à privacidade.

O *princípio da especificação dos propósitos justificantes* da notícia suscita, também, reflexões no campo do *direito ao esquecimento*. Mesmo que a imagem do retratado seja veiculada em informação comprometida com a veracidade e o interesse público, em determinada época, não tem o indivíduo o ônus de suportar nova exposição, de maneira perpétua. Nesse sentido, questiona Rodotà: "Qual dignidade restará a uma pessoa tornada prisioneira de um passado que está todo nas mãos de outros, frente a que resta resignar-se de ter sido expropriado?"¹⁸⁴

O direito ao esquecimento, cumpre observar, não funciona como artifício jurídico para apagar da memória de um povo um personagem público importante, mas sim para garantir ao ser humano, em concreto, que fatos pretéritos por ele protagonizados não sejam utilizados com simples finalidades sensacionalistas. Assim, com o direito ao esquecimento, evita-se a "instrumentalização" da vida alheia, que é, geralmente, camuflada pelo discurso, a priori, de que a história de "pessoas públicas" pertencem ao público. Observe-se que o direito ao esquecimento é faceta dos direitos à honra, à privacidade e à imagem é assegurado a todas as

¹⁸² SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 151.

¹⁸³ Ibid., p. 80..

¹⁸⁴ RODOTÁ, op. cit., p. 239.

peças, mas a discussão se torna mais complexa no caso de indivíduos que, por algum motivo, tenham se destacado e se tornado relativamente conhecidos em determinado momento do passado. Isso ocorre justamente pela dificuldade, articulada pela própria mídia, em reconhecer fronteiras entre espaços privado e público de desenvolvimento da personalidade, os quais devem ser assegurados independentemente de supostas qualificações das pessoas humanas, como públicas e privadas.

A difusão de ocorrências do passado, referentes à determinada pessoa, desconectada e despropositada do contexto atual, é potencialmente violadora da personalidade humana. A ponderação entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação deve, portanto, levar em conta a utilidade da notícia na atualidade, os riscos à afetação do livre desenvolvimento da personalidade, as finalidades da propagação dos fatos pretéritos, a identificação dos objetivos do exercício do direito de informar, no caso concreto, bem como as circunstâncias de publicação.

Para J. C. Suárez, a informação deve levar consigo o interesse público, pois não se pode tratá-la como “(...) simples mercancia de los intereses adheridos a la estructura empresarial del medio como um simples relato basado em el interés malsano de um público desapresivo y habituado al sensacionalismo.”¹⁸⁵

De acordo com Juliana L. A. da Rocha, a liberdade de informação possui dois critérios que atuam como justificantes ao seu exercício, quais sejam o interesse público e a veracidade, guardadas as reservas consignadas acima. No intuito de conceituar o interesse público, a autora afirma que:

O interesse público é uma noção bastante difundida pelo mundo jurídico, embora nem sempre tenha sido feita a necessária reflexão acerca do seu significado, vez que ele ora parece se encontrar com o particular (inclusive pessoas colectivas), ora com o poder público, o que pode dificultar ainda mais a sua compreensão. Este não se configura em qualquer coisa que interesse ao público, pois normalmente a vida privada é excluída, o que não significa que a vida íntima de personagens públicos não devam, em certas ocasiões, vir à tona, especialmente quando as circunstâncias podem influir na conduta da pessoa em relação ao seu ofício e à sua capacidade de desempenhá-lo. Assim sendo, o interesse público não é mais

¹⁸⁵ SUÁREZ, J.C. El derecho a la información: aspectos éticos. **Derechos y Libertades-Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas**. Madrid, ano VI, nº 10, p. 611-621, 2002. p. 613.

associado unicamente ao Estado, cabendo também ao particular, no nosso caso, a imprensa, deliberar acerca da sua presença ou não quando da divulgação de uma notícia, o que reforça ainda mais a sua função democrática. Importante esclarecer que este não se refere necessariamente às preferências subjetivas da maioria, pois seu caráter público não decorre simplesmente do fato de que a sua propagação é difundida entre muitos, mas também porque diz respeito a matérias que *'son de natureza pública: el interés general, el bien común, y en esencia, la red pública'*.¹⁸⁶

No que concerne à veracidade da informação, Juliana L. A. da Rocha consigna que esse critério não se confunde com a exigência de ser a notícia uma verdade absoluta e incontestável. A veracidade implica diligência e comportamento ético na investigação e difusão dos fatos, e não a exatidão entre notícia veiculada e a ocorrência dos fatos, de modo que simples boatos não estariam protegidos pela liberdade de informação, por não cumprir o critério da veracidade.

Dessa maneira, uma informação de relevância pública que, mesmo equivocada em seu conteúdo, tenha se valido de conduta adequada e cuidadosa, com rigor profissional, para a verificação dos acontecimentos, deve ser tutelada à luz da liberdade constitucional de informação a fim de contribuir com o processo democrático e consolidar o debate público no âmbito de uma sociedade pluralista e aberta.

Em sentido oposto, uma publicação desprovida das diligências necessárias ao conhecimento dos fatos, sem compromisso com a acepção de veracidade, não se compatibiliza ao exercício do direito de informar, o que rende, inclusive, a responsabilização do agente que a tenha divulgado, a depender do caso concreto. Considera Juliana L. A. da Rocha, de maneira elucidativa que:

A veracidade da informação é, de fato, um limite objetivo a ser imposto ao veículo de comunicação, que pressupõe um especial dever de comprovação mediante demonstração de que efetuou as devidas averiguações exigidas de um profissional da informação, relacionando-se, então, mais com o esmero jornalístico em apurar a notícia com o rigor profissional, realizando as devidas averiguações, procurando sempre se embasar em fontes confiáveis, bem como na pluralidade de versões acerca do fato, desde afirmações oficiais até

¹⁸⁶ ROCHA, Juliana Lívia Antunes da. A liberdade de expressão e o direito à intimidade da vida privada: delineando contornos a partir da perspectiva da teoria da ação comunicativa. **PHRONESIS- Revista do Curso de Direito da FEAD**. Belo Horizonte, vol. 01, n. 2, p.137-167, jul. 2006. p. 149.

as fontes extra-oficiais, do que com a total correspondência entre o noticiado e o ocorrido. Apenas desse modo é possível garantir o fluxo informativo sem que haja uma restrição indevida e sem que seja feita uma inserção ilícita na vida de uma figura pública.¹⁸⁷

Para encerrar este debate, cumpre dar relevo, por pertinência e clareza de linguagem, às lições de Schreiber, para quem:

O fato de a pessoa retratada ser célebre ou notória pode, quando muito, sugerir que há algum grau de interesse do público em ter acesso à imagem, pela só razão de dizer respeito àquela pessoa. Isso não basta, contudo, para que se conclua pela prevalência da liberdade de informação sobre o direito de imagem. Diversos outros fatores devem ser sopesados antes de se concluir, no caso específico, qual dentre os direitos fundamentais há de prevalecer. Limitar-se aos critérios simplistas do “lugar público” e da “pessoa pública” é postura que incentiva perversas violações ao direito de imagem [e também ao direito de privacidade].¹⁸⁸

Em outros termos, notícias afetas ao âmbito privado da pessoa e desnecessárias ao conteúdo de uma informação não estão amparadas pelo conceito de informação de interesse geral. A publicação de fotos com o propósito único de satisfazer a curiosidade de determinado grupo de leitores em conhecer detalhes da vida privada de uma figura pública, certamente, em nada subsidia o debate público de questões de interesse geral.

Não se pode considerar presente, nesses casos, o interesse legítimo em saber por onde e com quem anda em sua vida privada o personagem público, salvo no caso daqueles que exercem cargo ou função pública, quando houver justificativa que atenda o interesse público ao conhecimento.

¹⁸⁷ Ibid., p. 150.

¹⁸⁸ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.p. 108.

2.5 A RETÓRICA DO INTERESSE PÚBLICO

Muito se tem falado, neste trabalho, sobre a necessária efetividade dos direitos personalíssimos, os quais podem ser relativizados – mas não suprimidos – em face de circunstâncias que revelem o interesse público da notícia, em preponderância de uma legítima liberdade de expressão. Mas afinal, de qual interesse público se está falando?

Por se tratar de conceito jurídico indeterminado, difícil defini-lo categoricamente. Assume multissignificações, a depender do contexto dentro do qual se enquadre, e por isso, possui grau de amplitude variável. A *contrario sensu*, não se pode considerar um único interesse público unívoco, de intensidade constante e sempre preponderante.

Além disso, embora a liberdade de imprensa busque, idealmente, no contexto do Estado Democrático de Direito, o fornecimento de subsídios para a livre formação de opiniões plurais, bem como a concretização da transparência e de verdade, ocorre uma diluição destes fins em meio à banalização da personalidade individual. De acordo com a percepção de Saavedra Lopez, na sociedade contemporânea, verifica-se o deslocamento gradual do âmbito normativo da liberdade de imprensa, dirigindo-se da tradicional seara literária e política, para a esfera dos fatos triviais e sensacionalistas.¹⁸⁹

Para Rodrigo Bornholdt, para além da distorção das finalidades da imprensa, ocorre uma "redefinição" dos fins dos órgãos de comunicação, que ganham a dimensão de negócios: "E isso tanto num sentido interno, de ser gerido visando predominantemente ao lucro, restando a verdade e a justiça em segundo plano, quanto uma perspectiva de sujeição às influências dos patrocinadores."¹⁹⁰

¹⁸⁹ *Apud* BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Liberdade de expressão e direito à honra: uma nova abordagem no direito brasileiro**. Joinville: Bildung, 2010. p. 89.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 89-90.

A depender do interesse público presente no caso concreto, além de outros fatores a serem julgados, poderá ele ceder aos direitos da personalidade, lembrando que havendo dois interesses ou direitos igualmente relevantes em jogo, deverá haver a ponderação para que ambos se realizem, cada qual na maior medida possível.

Em muitas situações jurídicas abertas, isto é, hipóteses, previstas em lei, de direitos que exercidos no caso concreto rendem uma gama de consequências que os tornam insuscetíveis de se encerrarem normativamente, utiliza-se da expressão “interesse público”. A própria Constituição Federal faz isso pelo menos uma dezena de vezes.

Ademais, os textos normativos, inclusive a Constituição, reconhecem haver a gradação do interesse público, pois são constantes as alusões às expressões “interesse público *relevante*”, “*excepcional* interesse público”, “*conveniência* do interesse público”.

A reflexão do presente trabalho sugere que poderia ser considerada matéria de interesse público, em regra, aquelas atinentes às questões relacionadas à coisa pública, tais como fatos políticos e econômicos, bem como ocorrências relevantes para o conhecimento do público, contribuindo de alguma forma com o bem-estar da sociedade e com o desenvolvimento da cidadania.

Por exemplo, notícias relacionadas às ocorrências criminosas pertencem ao interesse público na medida em que colocam em evidência na sociedade a questão da segurança pública; pertencem igualmente ao interesse público, e por isso de extrema relevância à sociedade, fatos diretamente ocasionados por desastres naturais, como é o caso das inundações e desmoronamentos de habitações precárias provocados por fortes precipitações, pois dão relevo à omissão estatal em matérias de planejamento urbano e políticas sociais.

Anote-se que a atividade da imprensa possui estreita relação com o interesse público e, por exercer papel fundamental ao desenvolvimento da sociedade e das instituições democráticas, justificar-se-ia uma presunção de prevalência em desfavor dos direitos da personalidade.

Entretanto, o direito de crítica e manifestações que não sejam tão sérias, como o direito de satirizar, direitos estes abarcados pela liberdade de expressão, possuem menor amplitude do interesse público em relação à liberdade de informar situações que contribuem com o desenvolvimento do pluralismo da sociedade democrática, de modo que preponderam os direitos da personalidade.

Dito de outra forma, o interesse público pode conduzir a prevalência de um direito sobre o outro, mas isso não é o mesmo que asseverar a sobrevalorização da liberdade de expressão sobre os direitos da personalidade. Significa dizer que ora o interesse público preponderante pode reclamar o resguardo pelos direitos da personalidade, ora o pleno exercício da liberdade de expressão com a consequente difusão total de informações.

Explica-se: o desvirtuamento dos fins a que se propõe a liberdade de expressão desenha quadros de abusos, mormente pelo direito de informar, põe em jogo o próprio direito e enfraquece-o perante a sociedade, na medida em que deixa de exercer sua função preeminente no panorama constitucional brasileiro, qual seja o de imprimir transparência às questões “do/de” Estado, para destacar, sem moderação e completo desrespeito, cenas e situações pessoais da vida alheia.

Assim, o entendimento, que tende ao comum, de correspondência entre notícia e informações pessoais decorre do mau uso da liberdade pela imprensa e vai de encontro com o interesse público na proteção e fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Visto por outra perspectiva, o exercício distorcido da liberdade de expressão enfraquece a sociedade democrática e cria espaços e teorizações perigosas no sentido de supressão da própria liberdade de expressão, o que põe em risco às próprias condições de existência do desenho constitucional de 1988.

Exemplificando, seria como admitir a extinção do Poder Legislativo brasileiro em função da justificativa da falta de representatividade perante o povo, ao invés de discutir a crise legislativa em geral e cobrar para que exerça seu papel constitucional, ou seria como defender o fim da imprensa por causa do cometimento de excessos. Isso seria equivalente ao desejo de aniquilar pulgas matando o cão.

Percebe-se, então, que o mau funcionamento de instrumentos democráticos essenciais propicia terreno fértil aos discursos e práticas autoritárias, como atos de censura.

No que concerne às questões de Estado, é ressalvado que a liberdade de informação pode ceder à fundada e indúbia necessidade de o ente político assegurar o segredo, com o intuito de garantir a proteção de outros bens constitucionais, como a segurança pública, segurança interna, ordem pública e manutenção da justiça.¹⁹¹ Nesse ponto, poderia ser considerado que o interesse público pela ordem e segurança pública prepondera sobre o interesse público na veiculação de informações estatais.

Nesse tema, ganha relevância o tema do sensacionalismo, o qual, embora possa compor o âmbito normativo do direito de informar, dilui o seu núcleo de proteção, pois o conteúdo da informação sensacionalista almeja torná-la um objeto de consumo que “(...) se preocupa como o próprio nome denuncia, com o puro despertar de emoções por parte do receptor de informações, sem se ater à relevância ou pertinência da notícia, enquanto voltada a fins comunitários ou à possível formação de opiniões dos cidadãos.”¹⁹²

O ato midiático de sensacionalismo, segundo Rodrigo Bornholdt, consiste na divulgação do extraordinário e de fatos descontextualizados, sem análise mais rigorosa, de modo que, ao invés da razão repousar sobre o estado de coisas, ocorre o contrário, a manipulação do juízo racional, prática esta invocada com fins comerciais, políticos e religiosos.¹⁹³

Assim, a informação que transcende o conteúdo do interesse público que justifica a sua veiculação legítima, para então adentrar na esfera da personalidade alheia pode configurar exercício abusivo do direito de informar. Valer-se muitas vezes de imagens de dor, sofrimento ou de contextos íntimos inusitados não havendo propósitos específicos que justifiquem a propagação de determinada fotografia, enseja a presunção em favor dos direitos à honra e à imagem.

¹⁹¹ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Liberdade de expressão e direito à honra: uma nova abordagem no direito brasileiro**. Joinville: Bildung, 2010. p. 351.

¹⁹² Ibid., p. 369.

¹⁹³ Ibid., p. 370.

Portanto, o conceito fluido de interesse público é utilizado como recurso retórico para que órgãos de comunicação em geral cometam abusos em nome da liberdade de informação. Essas ações agressivas da mídia sobre a personalidade rendem a mercantilização dos atributos morais do ser humano, de modo que a finalidade lucrativa das empresas de comunicação passa a ser mascarada, no momento em que se coloca o sensacionalismo como parte integrante do âmbito normativo da liberdade de informação. Com tamanha diluição do conceito de interesse público, este passa a dissimular o próprio interesse privado dos meios de comunicação de massa em auferir vantagens econômicas, a partir da exploração dos indivíduos, transformados estes em objetos de uma suposta liberdade de informação.

2.6 A LIBERDADE, A (IN)SEGURANÇA E O ESTADO DE VIGILÂNCIA

O lugar público, hoje, tornou-se um imenso espaço de conflitos, no qual a liberdade individual opõe-se frontalmente à segurança. Argumentos fundados na “ordem pública”, “interesse público” e “segurança nacional” funcionam para aniquilar com a liberdade individual, mais especificamente com as liberdades de circulação e de expressão, e com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, direito este que embasa os direitos da personalidade, dentre os quais salientamos o direito à imagem e o direito à privacidade.

Ao se preocupar com a segurança, os governos das sociedades pós-modernas abusam da prática da vigilância por vídeo, por meio da qual invade todos os espaços acessíveis à coletividade e captura imagens das pessoas, promovendo uma digitalização da vida de cada um.

As novas tecnologias da vigilância passam a fazer parte da vida em sociedade de tal maneira que artefatos de vigília, como as câmeras, acabam por compor o cenário urbano, ao lado dos semáforos, postes e telefones públicos. Esses objetos de vigilância transformam-se, assim, em potentes instrumentos de controle pessoal.

Jean Rivero e Hugues Moutouh apresentam interessante constatação do panorama que o progresso tecnológico desenhou e as situações contraditórias que ele desperta:

Mais inquietante, talvez, é o risco permanente que os progressos da ciência impõe às liberdades. Historicamente, porém, estes serviriam por muito tempo à sua extensão: sabemos que a liberdade de ir e vir ganhou com o desenvolvimento dos meios de transporte, o quanto, da imprensa de Gutenberg à televisão e à internet, as técnicas aumentaram a liberdade de expressão. Mas a relação entre progresso científico e liberdades agora é ambígua: ele ainda pode ser útil a elas, também pode ameaçá-las ou impor-lhes limites. Como a informática, que dá ao Estado ou a particulares os meios de conhecer tudo da vida das pessoas e, portanto, pesar sobre elas; como o meio ambiente: ele multiplica as proibições. (...) podem pôr em xeque a própria noção de natureza humana e a dignidade que ele [o progresso tecnológico] implica.¹⁹⁴

Discussões sobre o equilíbrio entre a liberdade e a segurança possuem uma longa linhagem. Hobbes, ao pronunciar a célebre expressão, em 1651, “o homem é o lobo do homem”, almejava justificar a existência de um Estado como fonte centralizadora do poder, a fim de frear os instintos egoísticos do ser humano. Em “Leviatã”, sua obra mais conhecida, estabeleceu a associação entre o Estado e um monstro bíblico forte e insuperável, cuja função principal é a de controlar a tendência da natureza humana ao conflito.¹⁹⁵

Apenas um poder suficientemente forte, segundo Hobbes, era capaz de impor limites às ações dos homens, evitando a violência ou guerra. E é no estado de natureza, na condição de guerra de todos contra todos, que o homem possuiria a liberdade irrestrita de fazer ou de abster-se.

Enquanto houvesse essa liberdade do homem que incide sobre todas as coisas, não haveria segurança para ninguém. Nesse estado de barbárie, tem-se que da fraqueza do homem, surge o perigo; deste, o medo, e por sua vez, do medo a necessidade de segurança. Nas palavras de Thomas Hobbes,

¹⁹⁴ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 132.

¹⁹⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

(...) enquanto cada homem tiver esse direito de fazer tudo o que quiser, todos os homens estarão em condição de guerra. (...) o motivo e o fim pelo qual se introduz essa renúncia e transferência de direito é nada mais que a segurança da pessoa de cada homem, em sua vida e nos meios de preservá-la.¹⁹⁶

Verifica-se que a renúncia ao direito natural liberdade a todas as coisas somente ocorre porque os homens entendem que, para o alcance da paz e defesa, deve haver limitação da liberdade individual. Com o fim de harmonizar as interações sociais e afastar o sentimento de medo, que caracteriza o estado de natureza, a pluralidade de vontades vigentes nesse estado deveria dar lugar a uma única vontade, manifestada pelo soberano civil.

Nessa linha, a abdicação de parte da liberdade natural do homem faz-se necessária para a sua autoconservação, por meio da construção da liberdade civil pautada pela igualdade e segurança para todos os indivíduos.

Seguindo o raciocínio de Ferraz Jr., “Hobbes fala que o soberano tinha por tarefa zelar pela vida boa e cômoda dos súditos e pela sua segurança, mas simetricamente, o soberano é responsável pela ordem, retribuição à entrega que fizera os homens de todos os direitos que tinham no estado de natureza.”¹⁹⁷

A segurança tornou-se, então, corolário da existência do próprio Estado absolutista, o qual assumiu o papel exclusivo de mantenedor dos interesses de todos os cidadãos.¹⁹⁸

Esta é a lição de Hobbes, na perspectiva da obra em pauta: para haver segurança, os homens aceitam a dominação de Leviatã, mediante um pacto. Assim, o medo permeado no âmago de cada indivíduo significava a pilastra maior que sustentava o poder estatal.

Na filosofia política de Hobbes, o indivíduo transita entre o medo e a esperança de uma vida com segurança, alheia à violência, a partir da renúncia à

¹⁹⁶ MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 106-107.

¹⁹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 10.

¹⁹⁸ MAYER, Dayse de Vasconcelos. Os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 e sua projeção sobre os direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Coimbra, v. 43, n. 2, 2002. p. 1204.

liberdade individual, fincando seus pés em uma comunidade artificial, qual seja o Estado.

Governa-se em função do temor dos súditos em relação às agressões de terceiros, temor este que não se confunde com terror, que se faz presente apenas no estado de natureza. A submissão ao Estado e as respectivas regras sociais restritivas da liberdade consistiriam, portanto, no único modo de satisfazer o sentimento da esperança de uma vida segura e confortável.¹⁹⁹

Mais de um século depois da publicação de “Leviatã”, franceses revolucionários lutariam contra o exército de seu próprio Estado, em nome da liberdade e igualdade. Foi com a Revolução Francesa, em 1789, impregnada por valores do liberalismo econômico, que o Estado absolutista, cujos alicerces eram compostos de medo e do consequente sentimento da necessidade de segurança, sucumbiu em face de uma nova ordem política, econômica, social e jurídica, marcada pela liberdade.

Esse ideal liberal é reforçado com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que em seu artigo 4º determinava: “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo”, pregando claramente a mais ampla liberdade aos particulares.

Na emergência das Revoluções burguesas oitocentistas e com o estabelecimento dessa nova ordem jurídica liberal, as fronteiras entre o público e privado foram bem traçadas; representavam o público e o privado espaços herméticos que se encerravam em si, não havendo comunicação entre eles. Estabelecia-se um cenário propício para o exercício da autonomia privada, um espaço no qual os particulares regiam suas vidas com máxima liberdade, sem ingerência do Estado.

Um tempo em que houve a maximização da liberdade, à luz de um individualismo exacerbado, acreditando-se que os homens deveriam ser livres para alcançar a própria felicidade, e assim, concretizariam o bem comum. Exigia-se do Estado tão somente prestações negativas, isto é, a intervenção mínima nas relações

¹⁹⁹ RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: O medo e a esperança. In: WEFFORT, F. (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 1993, p.51-77. Para apreciação mais apurada da análise de Thomas Hobbes, recomenda-se também: RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor**

privadas, com o fim de assegurar os direitos individuais, atribuindo-se especial relevo, por sua notória índole jusnaturalista, ao direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, de modo que denominados pela doutrina constitucionalista de direitos fundamentais de primeira geração.²⁰⁰

Referindo-se aos ares liberais efervescentes oitocentistas em face do rompimento da velha ordem política absolutista, Anderson Schreiber assinala que o Leviatã, enfim, fora domado,²⁰¹ pois o poder absoluto do soberano cedeu à liberdade individual e à igualdade perante a lei, as quais se tornaram vigas-mestras do Estado liberal.

Mais tarde, comprovar-se-ia a insuficiência dessa teorização liberal, o que culminou na edificação do Estado Social ou Estado Democrático de Direito, cujo valor vértice do Estado passou a ser o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso, pois, o Estado Liberal, mediante o discurso da liberdade e igualdade formal, sustentou o abstracionismo do ser humano, “sujeitando-o” à categoria de “sujeito de direito”, o que levou à própria degradação humana, assunto de outrora.²⁰²

Deixando as discussões políticas à parte, o fato é que a liberdade deve servir à dignidade da pessoa humana, sendo, pois, valores suplementares. Não há nada mais valioso que a autodeterminação responsável, considerando um panorama de igualdade material por meio de garantias e ações positivas do Estado, para que não reste esvaziada a liberdade. Verifica-se a liberdade quando não restam travas que impeçam o desenvolvimento da personalidade humana, observadas as responsabilidades que a acompanham, de modo que seu exercício não cause prejuízos a terceiros.

Apesar de ser difícil a tarefa de conceituá-la em termos precisos, isentos de excessiva vagueza e abstração de ordem filosófica, isso não obsta a tentativa de atribuir sentido à “liberdade”.

Na perspectiva deste trabalho, atribui-se à liberdade o sentido utilizado por Santos Cifuentes, que corresponde à autodeterminação das possibilidades humanas

sem medo: Hobbes escrevendo contra seu tempo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

²⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 48.

²⁰¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 04-05.

a partir daquilo que não é proibido, direito este decorrente da própria condição da natureza de Homem como tal.²⁰³

Anote-se que a “liberdade” a que fazemos referência, neste tópico, traduz-se nas suas diversas manifestações: a liberdade do ser humano em desenvolver-se como tal, ou em outros termos, o livre desenvolvimento de sua personalidade, que contempla a liberdade de se expressar, de sentir, de agir, de transitar anonimamente.

Enfim, emprega-se um duplo sentido à liberdade, nos termos expostos por Rodotà: (i) liberdade de controle das informações pessoais e (ii) liberdade de poder se exprimir livremente.²⁰⁴

No Brasil, o ordenamento jurídico, por meio da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso II,²⁰⁵ define a liberdade civil, assegurando à pessoa humana uma esfera de liberdade própria para atuar e se desenvolver e garantindo as possibilidades de condutas diversas.

Desse modo, encontra-se guardados pelo ordenamento pátrio uma infinidade de comportamentos irrelevantes para o direito, por meio da *obrigação universal negativa* de não interferência no âmbito de liberdade de cada indivíduo. Direitos de agir, de pensar, de se expressar, de sentir, enfim, *direito de autodeterminar-se* encontram sustentação no direito à liberdade, sem o qual não há que se falar em verdadeira efetivação da dignidade da pessoa humana.

Tem-se, então, que a liberdade não garante cada uma das atividades isoladas desenvolvidas na esfera de autonomia privada, moldada pelas liberdades individuais, muitas delas irrelevantes para o direito, mas sim uma “*protección indiscriminada y general que se muestra em actos, omisiones y condutas jurídicamente tutelados*.”²⁰⁶

²⁰² A referência à construção histórica dos direitos da personalidade, tratada no capítulo I, verticaliza o tema.

²⁰³ CIFUENTES, op. cit., p. 434.

²⁰⁴ RODOTÀ, op. cit., p. 272.

²⁰⁵ Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 nov. 2012.

²⁰⁶ CIFUENTES, op. cit., p. 435.

Ressalva Santos Cifuentes, não só o conteúdo negativo tradicional de fazer tudo o que não for impedido pela lei é que compõe a categoria da liberdade. Trata-se também de um “poder fazer”, com sentido positivo, pois o direito à autodeterminação no âmbito de sua esfera de liberdade individual deve ser levado à concretude pela simples razão de “ser” humano. Nessa toada, esse autor disserta:

Ciertos derechos fundados en la naturaleza del hombre, en su calidad de persona, y que, en consecuencia, representan tanto deberes como exigências, subsisten naturalmente aun cuando el valor que protegen haya dejado de ser sentido por el individuo. El derecho a la libertad es uno de ellos. El individuo no solo puede sino que debe hacerlo valer, y no porque tenga grandes dones u ocupe una alta posición social, o no porque sea temperamento activo, sino por el hecho de que es un ser humano. Ese derecho no se extingue aun cuando el hombre se vuelva indiferente respecto de los contenidos de la libertad: sigue siéndole impuesto como un deber y testimonia contra él.

Ocorre que, nos dias atuais, as “rédeas constitucionais” que asseguram as liberdades e guardam o Estado Democrático de Direito têm sido afrouxadas, em razão da disseminação do sentimento de medo que inflige a sociedade, cujas sensações de insegurança, mal-estar e violência cristalizam-se no íntimo de cada indivíduo que a compõe. A liberdade passa a ser desafiada por técnicas e pretensões voltadas a erigir uma sociedade de vigilância.

Nesta perspectiva, parece que o projeto iluminista no qual se sustentava que a racionalidade levaria o homem ao progresso e à tomada de consciência cai por terra, ao se verificar, na sociedade pós-moderna, a instauração da “ordem da segurança”, rompendo com o equilíbrio da razão, incapaz, agora, de desmistificar o mundo dominado pelo medo e de alcançar a liberdade.

A paisagem da cidade contemporânea é retratada por George Orwell , no clássico *1984*, por um forte monitoramento realizado câmeras de vigilância onipresentes, as quais observam os comportamentos individuais a fim de reprimir aqueles considerados à margem dos padrões estabelecidos, no contexto de um estado totalitário. Nessa esteira, disserta Renato Nunes Bittencourt:

(...) mantendo-se em estado de constante tensão, a população se deixa controlar tranquilamente por discursos retóricos de grande

impacto afetivo, e os líderes adquirem sobre a massa uma autoridade paternal. O poder político se infiltra no âmago de cada pessoa, tornando-a dependente da grande figura condutora do povo. Orwell destacou muito bem tal dispositivo em *1984*, (...) ao elaborar essa visão angustiante da era do controle individual através do registro onisciente de todas as ações, enunciou importantes questões sobre o mecanismo ideológico da sociedade de controle, e de que maneira ela exerceria uma profunda modificação na forma pela qual o indivíduo constitui a sua existência.²⁰⁷

Chauí aponta que não obstante o modelo orwelliano, marcado este por desconstituir o espaço privado e ignorar as liberdades civis, associar-se em *1984* ao estado totalitário, sua leitura não deve contextualizar a denúncia da opressão social e degradação humana como presente apenas em estados ditatoriais, de esquerda ou direita, mas também no próprio estado democrático, que se vale de práticas veladas de manipulação social e controle de informações pessoais:

(...) os que julgam que *1984* se refere aos regimes totalitários tornaram-se incapazes de perceber que nos chamados países democráticos os procedimentos orwellianos são usados cotidianamente, diante dos olhos e ouvidos, não apenas enquanto ouvintes, telespectadores e leitores, mas de maneira mais assustadora quando somos protagonistas daquilo que o formador de opinião (o jornalista no rádio, na televisão e na imprensa) descreve e narra e que nada tem a ver com o acontecimento ou o fato de que fomos testemunhas diretas ou participantes diretos.²⁰⁸

Verifica-se, notadamente no século XXI, a submissão dos espaços públicos, como as ruas, aeroportos, shoppings, ao controle das câmeras de vigilância. Há um cenário de controle difuso e banalizado, em substituição a um sistema anterior de vigilância dirigido e específico.

Nesse passo, tem-se o alargamento do controle social pelas técnicas de vigilância, deixando esta de ocupar o *status* de medida excepcional de investigação de grupos considerados perigosos pelo comunidade em geral para lançar em toda a sociedade um olhar de suspeita sobre todos, instalando-se com essa prática, que

²⁰⁷ BITTENCOURT, Renato Nunes. As utopias negativas e a normatividade da disciplina social. **Achegas.net-Revista de Ciência Política**. Rio de Janeiro, n.43, p. 63-80, jan./dez. 2010. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/43/renato_43.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2012. p. 69-70.

²⁰⁸ CHAUI, Marilena. **Simulacro e poder**: uma análise da mídia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006. p. 11.

tem sido corrente, um estado composto de suspeitos, antes de serem cidadãos portadores de direitos.

Rodotà delinea com propriedade o atual panorama, a partir da perspectiva da generalização da qualificação dos homens em potenciais delinquentes:

A multidão não é mais “solitária” e “anônima”: está nua. A digitalização das imagens e as técnicas de reconhecimento facial permitem extrair o indivíduo da massa, individuá-lo e segui-lo. (...) A vigilância não conhece limites. Através de uma interpretação radical desta mudança, alguns estudiosos norte-americanos têm sustentado que a passagem de formas de controle concentradas em certos indivíduos e grupos sociais tidos como perigosos para um controle objetivo e universal teria um efeito de “democratização”, pois excluiria qualquer forma de seleção dos investigados e, portanto, de discricionariedade [arbitrariedade]. Todos iguais, visto que todos controlados e fichados. A igualdade perante o Estado seria garantida somente pelo abandono de qualquer garantia. Mas esta igualdade de campo de concentração fere a dignidade, nega a liberdade, mortifica a democracia.²⁰⁹

Apesar de argumentação perversa de a igualdade fecundar sobre uma lógica falaciosa, pois parte do paradoxo de que sob o manto da democracia, destrói-se a própria democracia com práticas que ferem de morte a liberdade e a dignidade, já é possível observar a influência desse a realidade concreta.

No Brasil, mesmo não tendo sido sancionada pelo Executivo Estadual, pertinente o exemplo do projeto de lei paulista, aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo em 2011, cujo conteúdo dirigia-se à proibição de garupas em motocicletas, em manifesta presunção da culpa dos indivíduos por parte do Estado e flagrante cerceamento das liberdades civis, constitucionalmente tuteladas como direitos fundamentais.

Análise da competência legislativa constitucional à parte, houve, ainda, municípios brasileiros que gostaram da ideia e compartilharam do mesmo projeto conhecido como “Lei da Garupa.”, contando com apoio de expressiva parcela da população.

Como visto, a associação entre segurança e a necessidade de relaxamento da proteção da pessoa humana, em suas individualidades é de longa data e, de forma intensa, tem sido utilizada pela sociedade pós-moderna. Constata-

se que uma expansão “inteligência” do Estado, sob o pretexto da segurança nacional, avança sobre a vida das pessoas, transformadas a partir de então em “cidadãos de cristal”.

O estado da (in)segurança e a disseminação do medo faz com que a sociedade em geral consinta em abrandar o sagrado direito à liberdade que lhe pertence, o qual fora conquistado às duras penas em lutas políticas, ideológicas e históricas em todo o mundo e, particularmente no Brasil com a derrota da ditadura militar e a emergência de um Estado Democrático de Direito, fundado no valor da dignidade da pessoa humana.

Sobre a estreita e conflituosa relação entre liberdade e segurança, o estadista norte-americano Benjamin Franklin já asseverava: “Aqueles que abrem mão da liberdade essencial por um pouco de segurança temporária não merecem nem liberdade nem segurança.”

Parece haver uma miopia social generalizada no que concerne ao tratamento dado pelo próprio indivíduo aos seus direitos da personalidade, de tal maneira que cresce a opinião pública que admite, em termos bastante simplificados, sacrificar as liberdades individuais em troca da segurança, num retorno ao estado hobbesiano supramencionado, guardadas, obviamente, as complexidades que o distinguem da sociedade contemporânea.

Invertem-se os valores a serem priorizados, sendo a segurança colocada como valor sem o qual não se faria possível a proteção da dignidade da pessoa, deixando a liberdade, vergastada nesta sociedade pelas inúmeras tentativas – e muitas vezes, bem sucedidas – em esvaziá-las, em segundo plano. Tanto que, imerso nesta perspectiva ideológica, em 2004, o então Primeiro Ministro Tony Blair denominou a sociedade inglesa fortemente vigiada de “sociedade de respeito”.²¹⁰

Ao mesmo tempo, ocorre um processo de redução das *peçoas humanas* de *cidadãos* em *suspeitos*, objetos de vigilância, panorama este que passa longe da razoabilidade e do tratamento digno.

Tal cenário é construído a partir do controle social mediante utilização demasiada de técnicas de “segurança” e de intimidação, que decorre da sensação – e não só “sensação”, mas também constatação – de ser permanentemente vigiado.

²⁰⁹ RODOTÀ, op. cit., p. 238.

Os efeitos da vigilância sobre o indivíduo certamente cerceiam o livre desenvolvimento da personalidade, de modo mais ou menos decisivo a depender do indivíduo.

O fato é que as práticas da vigilância “democrática” interferem no modo de vida das pessoas, podem determinar o comportamento dos indivíduos em lugares eletronicamente observados, enfim, afetam a própria natureza da pessoa humana.

E também não há que se justificar a prevalência da vigilância em oposição à redução do âmbito de privacidade, pautando-se pelo critério do lugar público. O raciocínio do “lugar público” para acobertar a vigilância é insatisfatório.

Apesar de nos espaços abertos ao público o indivíduo que ali se encontra ser potencial e inevitavelmente visto pelos demais que compartilham o mesmo ambiente, isso não induz a entender que restaria permitido o seu monitoramento e o registro de sua imagem, seus comportamentos e sua trajetória.

Assim, partindo da diferença entre “ser visto ou estar visível” e “ser observado ou monitorado”, torna-se fácil compreender que também nos espaços públicos há razoável expectativa de direitos de privacidade e de imagem.

Por isso, um indivíduo que, ocupando um espaço público, percebe a captura da sua imagem pelas câmeras, mesmo que seja para fins de segurança pública, tem o direito de saber a destinação e a duração desse registro, em decorrência do direito à própria imagem.

Constata-se, aqui, uma demanda para a regulamentação das práticas de vigilância, em especial a utilização de câmeras de segurança, que, instaladas em todos os lugares, penetram no núcleo da privacidade, representam os olhos desconfiados do Estado sobre todas as pessoas e alteram o equilíbrio do livre desenvolvimento da personalidade humana, ao impor comportamentos desejados e uniformes, ignorando as individualidades autênticas desenvolvidas por cada ser humano. Nesse passo, passa-se a dissertar sobre a necessária normatização do uso de câmeras de vigilância.

²¹⁰ Ibid., p. 239.

2.6.1 A VIDEOVIGILÂNCIA UTILIZADA PELO ESTADO

Observa-se que a tecnologia é campo fértil para a esperança social em funcionar como medida eficaz de resolução de qualquer problema. Em que pese a videovigilância ser utilizada, na sociedade atual, de forma praticamente generalizada tanto pelo Estado, em vias públicas, como pelos particulares, em espaços privados e abertos ao público, como *shoppings centers* e estacionamentos, o presente debate centrar-se-á no uso estatal das câmeras de segurança.

O estabelecimento de uma relação estreita entre a vigilância e a paz social reduz a complexidade social ao debate apenas pela ótica da segurança sob a égide de um Estado cada vez mais repressivo e invasivo do âmbito privado da personalidade, subtraindo da sociedade a análise das razões sociais, políticas e econômicas, as quais multiplicam fatores de expansão da violência.

Logo, a “ordem pública” torna-se “super categoria” capaz de justificar, aos olhos míopes da sociedade, ações tecnológicas estatais e privadas que atropelam a dignidade da pessoa humana e prejudicam a autodeterminação informativa que cada indivíduo deve ter direito em decorrência da liberdade pessoal assegurada histórica e constitucionalmente.

Esse é o atual panorama: a política deixando para a tecnologia o encargo de operar os problemas sociais. Sob essa mentalidade, a adoção de câmeras de vigilância nas ruas e escolas, inclusive em algumas salas de aula, seria o mecanismo mais adequado, e exime o gestor público da tarefa de analisar as questões constituintes dessas situações sociais.

Rodotà adverte nesse tema sobre a imprescindibilidade da regulamentação da técnica, para que se imponham limites a essa prática, de modo a não tornar a dignidade e as liberdades pessoais subservientes às razões de segurança pública:

A vigilância por meio de câmeras de vídeo, como qualquer tecnologia de controle, deve ser circunscrita, severamente regulamentada, submetida a controle. De outra forma, não é capaz de captar a realidade e de mostrá-la. Obscurece-a. Oferece desta somente a lógica da ordem pública, e assim ameaça atribuir às organizações públicas o caráter de um Estado de polícia, induzindo as

organizações privadas e os cidadãos a tornarem-se prisioneiros desta mesma lógica.²¹¹

Para que o preço da segurança não seja pago a custo demasiadamente elevado, como já visto em outras épocas da história, em que regimes totalitários consolidaram-se a partir de práticas reiteradas de cerceamento dos direitos personalíssimos, sob a justificativa de defender a sociedade contra algum tipo de perigo, urge uma regulamentação criteriosa, alinhada à dignidade da pessoa humana e o seu livre e incondicional direito ao desenvolvimento.

E nem se venha dizer, como pretexto à supressão de liberdades individuais em prol da expansiva segurança, “quem não deve, não há o que temer”. Nessa ótica, Rodotà traça a sua percepção, criticamente: “As tecnologias da vigilância por vídeo não somente incidem sobre a liberdade de circulação, mas tornam o passado visível.”²¹²

Não bastassem as considerações sobre efetivação dos direitos da personalidade e da proteção de todos os aspectos da pessoa, com base na autodeterminação informativa a que o ser humano deve ter direito, o que já justificaria um olhar mais atento e crítico da sociedade para a prática estatal de controle mediante o uso da videovigilância, a história é fértil, tragicamente, em exemplos de indivíduos e povos que muitas razões tiveram para temer, apesar de nada deverem. Assim foi com os judeus, ciganos, homossexuais e negros, em face do tratamento oferecido pela Alemanha nazista.

Constatada a imprescindibilidade de legislação afeta ao tema e havendo, no Brasil, campo escasso no que tange ao regramento da utilização de câmeras de segurança, traremos à pauta o debate das normas de videovigilância desenvolvido em Portugal. Passa-se, assim, à análise legislativa em sede portuguesa.

A Lei portuguesa n.º 67/98 é considerada a normativa geral para a matéria de dados pessoais, regulando, assim situações de captação de dados em videovigilância e outros mais mecanismos que miram a apreensão e difusão de imagens e demais dados pessoais.

²¹¹ Ibid., p. 195.

²¹² Ibid., p. 239.

Em seu art. 3º, apresenta-se o conceito de dados pessoais:

Artigo 3º. Definições

Para efeitos da presente lei, entende-se por:

a) «Dados pessoais»: qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e *imagem*, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade *física*, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social;²¹³

Da leitura desse dispositivo de lei, observa-se que a imagem é considerada, como não poderia deixar de ser, um dado pessoal. A referida lei portuguesa estabelece que os dados pessoais devam ser captados para finalidade determinadas, explícitas e legítimas, sendo vedado o tratamento posterior para fim diverso.²¹⁴

Ainda quanto à destinação da imagem, devem ser tomadas as medidas adequadas para assegurar que seja apagada, tendo em vista que é armazenada apenas pelo período necessário ao alcance das finalidades a que se propõe a captação.²¹⁵ Garante a lei o direito de informação ao titular da imagem captada sobre a identidade do responsável pela guarda dos dados.²¹⁶

Em 2005, a Lei n.º 1/2005 foi promulgada em Portugal para cumprir com a função de legislação específica na regulamentação do uso de câmaras de vídeo para captação da imagem e sons pelos serviços de segurança em locais públicos.²¹⁷ Em seu artigo 4º, está determinada a obrigatoriedade de informar, nos locais públicos onde houver câmeras de vigilância, de modo visível, acerca da existência e a localização das câmaras de vídeo; a finalidade da captação de imagens e sons;

²¹³ PORTUGAL. Lei nº 67, de 26 de outubro de 1998. Lei da proteção dos direitos pessoais. Disponível em:< http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/lei_6798.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

²¹⁴ Lei n. 67/98, art. 5º, 1, b).

²¹⁵ Lei n. 67/98, art. 5º, 1, c).

²¹⁶ Lei n. 67/98, art. 10.

²¹⁷ PORTUGAL. Lei nº 01, de 10 de janeiro de 2005. Regula a utilização de câmaras de vídeo pelas forças e serviços de segurança em locais públicos de utilização comum. Disponível em:< http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral/leg_geral_docs/LEI_001_2005.htm>. Acesso em: 02 dez. 2012.

informação sobre o responsável pelo tratamento dos dados recolhidos, perante o qual o direito de acesso pode ser exercido.

Neste diploma legal, estão consignados os princípios sobre os quais deve se sustentar a utilização legítima da videovigilância. Deverá ser observado o princípio da proporcionalidade, justificando-se a sua instalação somente quando se mostrar no meio concretamente mais adequado ao fim perseguido, qual seja a manutenção da segurança e da ordem pública, bem como a prevenção da prática de crimes.

Para tanto, estabelece o artigo 7º da Lei n.º1/2005, a ponderação da finalidade será feita no caso concreto para aferir o grau de realização de direitos igualmente relevantes, como é o caso dos direitos da personalidade. Vale conferir a redação da lei:

Artigo 7.º - Princípios de utilização das câmaras de vídeo

1 - A utilização de câmaras de vídeo rege-se pelo princípio da proporcionalidade.

2 - Só é autorizada a utilização de câmaras de vídeo quando tal meio se mostre concretamente o mais adequado para a manutenção da segurança e ordem públicas e para a prevenção da prática de crimes, tendo em conta as circunstâncias concretas do local a vigiar.

3 - Na ponderação, caso a caso, da finalidade concreta a que o sistema se destina são igualmente tidos em conta a possibilidade e o grau de afectação de direitos pessoais através da utilização de câmaras de vídeo.

4 - É expressamente proibida a instalação de câmaras fixas em áreas que, apesar de situadas em locais públicos, sejam, pela sua natureza, destinadas a ser utilizadas em resguardo.

5 - A autorização de utilização de câmaras de vídeo pressupõe sempre a existência de riscos objectivos para a segurança e a ordem públicas.

6 - É vedada a utilização de câmaras de vídeo quando a captação de imagens e de sons abranja interior de casa ou edifício habitado ou sua dependência, salvo consentimento dos proprietários e de quem o habite legitimamente ou autorização judicial.

7 - É igualmente vedada a captação de imagens e sons nos locais previstos no n.º 1 do artigo 2.º, quando essa captação afecte, de forma directa e imediata, a intimidade das pessoas, ou resulte na gravação de conversas de natureza privada.

8 - As imagens e sons acidentalmente obtidos, em violação do disposto nos n.s 6 e 7, devem ser destruídos de imediato pelo responsável pelo sistema.

9 - A verificação do disposto nos n.s 1, 2 e 5 compete ao membro do Governo que tutela a força ou o serviço de segurança requerente.²¹⁸

²¹⁸ PORTUGAL. Lei nº 01, de 10 de janeiro de 2005. Regula a utilização de câmaras de vídeo pelas forças e serviços de segurança em locais públicos de utilização comum.

Alinhada à Constituição Portuguesa, a qual funda o Estado sobre o alicerce da dignidade da pessoa humana, a Lei n.º 1/2005 garante ampla proteção aos aspectos personalíssimos, inclusive com a proibição da instalação de câmeras em locais que, apesar de públicos, funcionam como áreas destinadas ao resguardo, tal como se poderia imaginar o interior de uma biblioteca pública.

Há, na lei, referência a um rol *numerus clausus* acerca dos espaços autorizados para a instalação da videovigilância, após realizada a ponderação da adequação da medida:

- a) Protecção de edifícios e instalações públicos e respectivos acessos;
- b) Protecção de instalações com interesse para a defesa nacional;
- c) Protecção da segurança das pessoas e bens, públicos ou privados, e prevenção da prática de crimes em locais em que exista razoável risco da sua ocorrência.
- d) Prevenção e repressão de infracções estradais.²¹⁹

Por sua vez, a Lei portuguesa n.º 29/2003 definiu o uso de aparatos tecnológicos para o exercício da atividade de segurança privada, observado ao “respeito pela necessária salvaguarda dos direitos e interesses constitucionalmente protegidos”.²²⁰

Importa ressaltar que os pontos altos dessa legislação estão em delimitar, em termos temporais, a conservação dos dados, garantir ciência aos titulares das imagens apreendidas, restringir as hipóteses cabíveis para a sua utilização e vedar que essa atividade de segurança privada possua objetivos típicos de autoridades judiciais ou policiais, tal como a persecução de provas de ilícitos criminais.

Regulamentando essa “lei da segurança privada”, o Decreto-Lei n.º 35/2004 de 21 de fevereiro, no art. 13º determinou àqueles lugares portadores de câmeras que afixasse, de forma plenamente visível, advertência com as seguintes palavras: “Para sua proteção, este lugar encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de

Disponível em:< http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral/leg_geral_docs/LEI_001_2005.htm>. Acesso em: 02 dez. 2012.

²¹⁹ Lei n.º 1/2005, art. 2º.

²²⁰ Lei n. 29/2003, art. 2º, g.

televisão” ou “Para sua proteção, este lugar encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som”.

Nesse mesmo artigo, fixa-se a guarda das gravações em prazo máximo de 30 dias, devendo, após transcorrido o referido período, ser destruído todo o conteúdo registrado, salvo se houver determinação contrária na legislação penal.

Constata-se que o funcionamento de todo esse aparato legislativo depende de uma estrutura de fiscalização para a efetiva tutela dos dados pessoais e para que seu registro seja realizado em consonância às normas específicas e com respeito à pessoa humana, como é feito em Portugal, por meio de uma entidade administrativa independente com poderes de autoridade, que funciona junto da Assembleia da República, qual seja a Comissão Nacional de Protecção de Dados - CNPD. Essa entidade possui a atribuição genérica controlar e fiscalizar o processamento de dados pessoais, em rigoroso respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades e garantias consagradas na Constituição e na lei.²²¹

Como assinalado, a sociedade contemporânea experimenta uma nova percepção dos limites dos direitos da personalidade, mormente a privacidade e a imagem. Estimulada pelo discurso da “ordem pública” e pela neurose do medo, as câmeras de vigilância se multiplicam e transformaram-se em “salvadoras” práticas de combate à violência, de tal modo que tendem a se consolidar nos espaços urbanos, tanto privados, quanto públicos.

CAPÍTULO III

O DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM

3.1 AFINAL, O QUE É IMAGEM?

No intuito de desvendar o trabalho científico com clareza, manifesta-se como premissa compreender-se o conceito de imagem. No dicionário de Língua Portuguesa de Aurélio Buarque de Holanda, imagem é a representação gráfica, plástica ou fotográfica de pessoa ou objeto. Com sentido semelhante ao dos dicionários, Antônio Chaves assinala que imagem consiste na “representação pela pintura, escultura, fotografia, filme (...) de um objeto qualquer, inclusive a pessoa humana.”²²²

Para Ruíz Y Tomás, considera-se imagem a expressão “(...) que haga sensible un objeto carente, en sí mismo, de susceptibilidad para manifestarse, o bien el medio por el que una cosa se destaca en el ambiente externo con más fuerza de la que antes tenía dispuesta para representarse externamente. Es pues la imagen algo representativo”.²²³

O termo "imagem" significa representar ou reproduzir algo. O ato de representar traz consigo variantes complexas que podem interferir no produto da imagem, quais sejam as impressões de quem faz a imagem, os meios e a perspectiva de representação. No uso cotidiano, apresentam-se duas noções de significados. Quanto à primeira, pode-se denominar de *imagem física* a representação da aparência exterior de algo. No segundo sentido corrente, tem-se a *imagem social* a projeção axiológica do comportamento dos indivíduos no contexto social.

Já o termo imagem, à luz do conceito jurídico, possui divergências, notadamente quanto à extensão do conteúdo. É uníssono, em doutrina e jurisprudência, que o objeto do direito de imagem contempla a representação da

²²¹ COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS. Disponível em:<
<http://www.cnpd.pt/bin/cnpd/acnpd.htm>>. Acesso em: 02 dez. 2012.

²²² CHAVES, op. cit., p.45.

²²³ RUIZ Y TOMÁS, op. cit., p. 46.

aparência exterior da pessoa humana. Todavia, verifica-se uma dissonância de entendimentos em relação ao alcance do direito de imagem.

No sentido mais restrito do vocábulo “imagem”, encontra-se a sustentação de Gitrama, para quem a imagem traduz-se como a representação ou a reprodução da figura humana em forma visível ou reconhecível.²²⁴

O conceito jurídico de imagem para Antônio Chaves consiste no “conjunto das feições do rosto: aspecto, ar, cara, conjunto de caracteres especiais”.²²⁵ A imagem corresponde à fisionomia da pessoa e sua reprodução, ou seja, refere-se à identidade física da pessoa e sua reprodução.

É pertinente salientar que a imagem não é caracterizada somente pelas feições do indivíduo, mas também se devem considerar partes do corpo as quais permitam a identificação e a individualização da pessoa protagonista do retrato.

Assim, não obstante o direito de imagem repousar o interesse primordial sobre a face da pessoa humana, isso não significa que a reprodução das demais partes do corpo humano não possam receber proteção jurídica, se o que for representado graficamente remeter à individualização e identificação da pessoa do retratado.

Luiz Alberto David Araujo ilustra: “São notórios os casos de bocas, narizes, olhos [tatuagens] que marcaram época no cinema e na televisão”.²²⁶ As partes do corpo, nos termos explicados, compõem o sentido jurídico de imagem e, por isso, merecem proteção jurídica por ser exteriorização da personalidade humana.

Como visto, alguns autores são categóricos ao afirmar que o direito de imagem diz respeito apenas à representação física da pessoa humana.²²⁷ Para outros, compõem o conteúdo polissêmico da imagem os gestos, a voz e outras dimensões de expressão do corpo que permitam a identificação da pessoa.

Nesta ala, destaca-se Vercellone, que entende pela insuficiência em se considerar uma só imagem, pois as feições são variáveis, conforme o estado de espírito que se encontra o indivíduo. Desse modo, se poderia falar em quantidade

²²⁴ GONZÁLEZ, Manuel Gitrama. Derecho a la propia imagen. **Nueva Enciclopedia Jurídica**. Barcelona, tomo XI, p. 301-376, 1962. p.304.

²²⁵ CHAVES, op. cit., p. 08.

²²⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David de. **A proteção constitucional da própria imagem**. São Paulo: Del Rey, 1996. p. 85.

²²⁷ FESTAS, op. cit., p. 50.

indefinida de imagens relativas ao mesmo corpo, ou nas palavras do autor, “(...) tante immagini diverse per ogni corpo per quante volte questo corpo sara stato visto o sara visto in futuro da altre persone (...)”, o que sugere o retrato – e não a imagem – como verdadeiro objeto do direito em pauta.²²⁸

A visão explanada por Vercellone deve ser tratada com restrições, pelo sofisma que apresenta, já que, como advertido por Walter Moraes, se a fotografia retém uma imagem, significa que esta existe para além do corpo.²²⁹

Na leitura da doutrina pátria, prevalece o entendimento de que o conceito jurídico de imagem é mais amplo que a simples representação da aparência exterior do indivíduo. Notaroberto Barbosa defende:

Também a reprodução da voz constitui imagem, através da fonografia, da gravação e da radiodifusão. Desta forma, não há que se construir o edifício jurídico de um direito à voz paralelamente a um direito da imagem: este é suficientemente amplo para, por analogia, abraçar a voz como componente da imagem, desde que se possa pela voz reconhecer um sujeito.²³⁰

Para Walter Moraes, autor de autoridade no que se refere aos estudos do direito de imagem, também admite o conceito de imagem para além de simples representações físicas da pessoa, de modo que para o autor consiste a imagem em “toda sorte de representações de uma pessoa (...), toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem”.²³¹

No sentido apresentado pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça César Asfor Rocha, fica evidente a aplicação do conceito ligado ao conteúdo semântico comum da palavra, segundo o qual são ressaltados os aspectos físicos do ser humano: “[a imagem é] a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana (...) é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam.”²³²

²²⁸ Paolo VERCELLONE *apud* FESTAS, op. cit. p. 51. (Em nota de rodapé).

²²⁹ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 25, p. 341.

²³⁰ Ibid., p. 26.

²³¹ Ibid., p. 340.

²³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 58101-SP (94/0038904-3). Recorrente Vera Lucia Zimmerman. Recorrida: Editora Azul S/A. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Brasília, 16 de setembro de 1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400389043&dt_publicacao=09-03-1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

Por sua vez, Hermano Duval leciona ser o direito à imagem uma “(...) projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias etc.) ou moral (aura, fama, reputação etc.) do indivíduo (homem, mulher, criança ou bebê) no mundo exterior.”²³³

Saliente-se que atitude e gestos desenvolvidos na sociedade, os quais constroem uma “imagem” da pessoa, são merecedores de tutela jurídica como projeção da personalidade moral do indivíduo, tendo mais a ver com a honra, e não como irradiação da personalidade subjetiva, como propõe o autor.

Nesse raciocínio, corrobora com a crítica ora desenvolvida Carlos Affonso Pereira de Sousa, a partir do seguinte argumento, sobre os gestos da pessoa humana: “Trata-se de atributos sociais, não relacionados às características físicas, cujo surgimento é estimulado pela conduta individual”.²³⁴

Nessa linha, Adriano de Cupis elucida que não obstante a proteção jurídica à imagem se aplicar de modo mais recorrente no campo fotográfico, “esta tutela pode aplicar-se mesmo à reprodução teatral ou cinematográfica da pessoa, isto é, às hipóteses em que um artista, através da figura, do gesto, da atitude, reproduz na cena ou na película a pessoa.”²³⁵

Reflexões mais abrangentes do que se entende por imagem à parte, pois serão discutidas ao seu tempo, mais adiante, o fato é que o ponto comum entre os estudiosos no tema consiste no seu conceito equivalente à representação do aspecto físico da pessoa.

Royo Y Jara explica que os elementos protegidos do direito de imagem são (i) imagens retratadas por meios tradicionais, como a pintura e a escultura e (ii) imagens transmitidas por vídeos e fotografias. Enfim, consigna Royo Y Jara que imagem é toda representação da aparência física da pessoa humana capaz de ser visível e reconhecida.²³⁶

A imagem protegida juridicamente *individualiza*, já que se considera a figura retratada da pessoa em si mesma no caso concreto específico que compõe a figura,

²³³ DUVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 105.

²³⁴ SOUZA, Carlos Affonso de. Contornos atuais do direito à imagem. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v.13, 2000. p. 38.

²³⁵ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. p. 144.

²³⁶ JARA, op. cit. p., 25-29.

o que diferencia por isso mesmo das demais representações externas. Permite o *reconhecimento* da pessoa, pois para que se possa falar em proteção jurídica, deve haver a possibilidade de se identificar a pessoa objeto da representação gráfica, não restando dúvida sobre quem foi retratado.

Portanto, é tranquilo o entendimento de que o conceito jurídico de imagem contempla a imagem física, isto é, a representação gráfica do aspecto físico *individualizadora, visível e reconhecível*.

Há ainda quem sustente a titularidade do direito de imagem à pessoa jurídica. Afirma Patrícia de Almeida de Torres que a representação gráfica da sede da sociedade empresária está protegida juridicamente pelo direito de imagem:

(...) num sentido amplo e menos técnico, pode-se cogitar a extensão da tutela jurídica da imagem à pessoa jurídica, nesses casos em que a publicação da fotografia da sede da empresa seria o suficiente para que ocorresse a sua identificação (...) não seria esta imagem da pessoa jurídica um bem jurídico autônomo, capaz de ser considerado categoria jurídica destacada das demais, dotado de objeto próprio, mas sim um elemento a ser juridicamente protegido. Porém, essa proteção dar-se-ia de forma a que a violação da imagem fosse abrangida pelos outros institutos, como o direito ao nome e à honra da pessoa jurídica, em conformidade com a situação fática em que se concretizou a lesão.²³⁷

Orlando Gomes afirma que sob “a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”.²³⁸ Para ser titular do direito à imagem, basta ser pessoa humana.

Não é possível admitir que a pessoa jurídica seja portadora do direito à imagem, pois a entidade jurídica não possui uma feição que lhe possa caracterizar, senão a marca, que possui regramento próprio na seara do direito de propriedade intelectual. Ademais, a própria autora Patrícia de Almeida reconhece que a imagem da pessoa jurídica, para que haja suporte jurídico que viabilize a tutela, deve estar conectada a outros bens jurídicos, tal qual a honra e o nome. Nesse caso, verificar-se-ia o direito à honra e o direito ao nome da pessoa jurídica, e não propriamente o

²³⁷ TORRES, Patrícia de Almeida. **Direito à própria imagem**. São Paulo: LTR, 1998. p. 128.

²³⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 149.

direito de imagem, o que já tornaria inconsistente a tese ora debatida.

Como pondera Royo Y Jara, que em razão da artificialidade da pessoa jurídica, não se torna razoável confundir o corpo humano com a sede social de uma empresa. A figura representativa da aparência externa é indissociável da pessoa humana, enquanto que para a pessoa jurídica é fungível, pode ocorrer a transferência de sua sede e teríamos uma nova imagem da pessoa jurídica, de modo que carece de lógica o reconhecimento da direito (autônomo) da imagem. Além disso, como fora dito, já existe proteção específica da pessoa jurídica, em situações de ofensa à sua marca e ao nome comercial, na órbita dos direitos de patente e de propriedade intelectual.

A ideia de que a pessoa jurídica possa ser titular do direito de imagem não possui sustentação lógica e jurídica e vai de encontro com o que se entende por imagem, como a reprodução gráfica da aparência de alguém, tal como exposto em linhas pretéritas.

Afinando-se ao entendimento defendido por Gitrama González, emprega-se à imagem o significado de projeção gráfica da aparência da pessoa, estabelecendo-se uma relação imediata entre a representação e figura humana, fundada essa relação no elemento visual.²³⁹

A "imagem social", construída a partir de interação social, relaciona-se com outro aspecto da personalidade, a honra. Ao ampliar o conceito de imagem e conectá-la à fama e reputação, tem-se, então, o direito à honra, em nada contribuindo com o desenvolvimento teórico do direito de imagem propriamente dito, ao contrário, apenas enseja mais controvérsia e dúvidas em relação aos limites da proteção da imagem, o que torna o seu conceito demasiadamente vago, pela extensão indefinida.

Com essa postura doutrinária de conceber a "imagem social" no âmbito normativo do direito à imagem, ficaria este direito condicionado a outros elementos personalíssimos, enfraquecendo-a como direito autônomo, constitucionalmente reconhecido como tal no art. 5º, inciso X, Constituição Federal de 1988.

Passamos, nesse andar do trabalho, ao exame da doutrina pátria, cujos estudiosos do tema alargaram o conceito jurídico de imagem.

3.1.1 A IMAGEM-ATRIBUTO: TEORIZAÇÃO E CRÍTICA

A maioria dos autores brasileiros aderiram à teorização da imagem-atributo, uns categoricamente e outros de maneira implícita. Para tanto, a doutrina brasileira sustenta-se, mormente, na Constituição Federal de 1988, ao assinalar que o significado de “imagem” no inciso V, art.5º, não se confunde com aquele do inciso X, art. 5º.

Nessa ótica, o conceito jurídico de imagem não se restringiria ao conteúdo semântico do vocábulo, como defende a doutrina majoritária do direito civil contemporâneo no Brasil.

No esteio do pensamento contemporâneo, o conteúdo da imagem abarca também a irradiação da personalidade em seus aspectos íntimos e sociais, a imagem passa a ser estudada sob dois enfoques: o físico e o moral. Não se limita à representação do aspecto físico do homem, principalmente pela fotografia e pintura, mas engloba também “os gestos e as expressões dinâmicas da personalidade”.²⁴⁰

Atribui-se, então, uma “oxigenação” ao conteúdo jurídico da imagem, pautando-se na ideia de que existem várias “imagens”, em detrimento de uma compreensão mais limitada que se remete apenas aos atributos externos do ser humano.

Hermano Duval é um dos autores pátrios mais citados que efetua, em 1988, uma abordagem ousada no Brasil, até então, acerca da amplitude do conceito jurídico da imagem.

Em sua obra é possível constatar um esboço daquilo que viria a ser denominado, mais tarde com Luiz Alberto David Araújo, de “imagem-atributo”, em complemento à “imagem-retrato”, ao traçar as fronteiras entre “imagem objetiva” e “imagem subjetiva”: “(...) cabe aqui, também, distinguir entre a imagem objetiva (física) e a imagem subjetiva (moral), onde prepondera a aura, fama ou reputação (...)”.²⁴¹

No sentido objetivo, consiste a imagem na representação física do retratado,

²³⁹ GONZÁLEZ, Manuel Gitrama. Derecho a la propia imagen. **Nueva Enciclopedia Jurídica**. Barcelona, tomo XI, p. 301-376, 1962. p. 304.

²⁴⁰ Walter Moraes *apud* ARAÚJO, Luiz Alberto David de. **A proteção constitucional da própria imagem**. São Paulo: Del Rey, 1996. p. 28.

e no sentido subjetivo, tem-se a imagem:

(...) derivada da comunicação de massa por avassaladora publicidade mercantil, invasora parasitária e condicionante da atual sociedade de consumo, que terminou extrapolando o interior do próprio indivíduo, compelido a ter status social dentro de um contexto uniforme de mediocridade ou anonimato, onde se projeta com a criação e manutenção de uma imagem própria (...). A aura, fama ou reputação do titular ofendido abalam a estrutura de sua personalidade, exposta ao despreço ou ao ridículo da opinião pública média e ao absoluta (...).²⁴²

Constata-se de maneira tranquila que, para Duval, o direito à imagem guarda estreita relação com o direito à honra, na medida em que atribui à imagem caráter moral, com elevada carga de subjetividade, em evidente regresso da teoria do direito autônomo de imagem para associá-lo ao direito à honra.

Foi com Luiz Alberto David de Araújo, em 1996, que se aventaram originalmente as expressões “imagem-retrato”, cujo significado se traduz na reprodução da aparência física da pessoa humana, e “imagem-atributo”, que consiste na imagem social do indivíduo.

Como se pode observar, as locuções foram originais, porém a abordagem do objeto do direito à imagem, partindo de dois conceitos – representação física e imagem social – já datava de antes, no Brasil, como visto em Hermano Duval, por exemplo, cuja obra data de 1988.

A efetiva contribuição de David de Araújo está em elucidar os fundamentos para o estabelecimento das distinções entre imagem física (imagem retrato) e imagem social (imagem-atributo). Esse autor, fundando-se no diálogo entre Constituição Federal e Direito Civil, aduz que há diferentes conceitos de imagem a que se refere a Carta Magna, nos incisos V e X do artigo 5º: no inciso V, há referência à imagem-atributo e no inciso X, à imagem-retrato. De acordo com David de Araújo:

A imagem-atributo é uma consequência da vida em sociedade. O homem moderno, quer em seu ambiente familiar, profissional ou mesmo em suas relações de lazer, tende a ser visto de determinada

²⁴¹ DUVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 36.

²⁴² Ibid., p. 49-50.

forma pela sociedade.(...) São característicos que acompanham determinada pessoa em seu conceito social.²⁴³

A *imagem atributo* alude à pessoa no âmbito de suas relações sociais, corresponde aos atributos do ser humano, perceptíveis na vida em sociedade. Ressalve-se que, para essa corrente doutrinária, esses atributos não se relacionam com as características físicas, mas sim com a esfera de comportamentos particulares do indivíduo dentro da comunidade.

Para fundamentar a tutela constitucional da imagem atributo, David de Araújo argumenta que não seria razoável entender que o atributo da personalidade “imagem” fosse protegido no inciso V, e novamente no inciso X do mesmo artigo 5º, com o mesmo sentido.²⁴⁴

Assevera esse autor que o inciso V guarda fundamento para proteção da imagem mais sob a perspectiva comercial e publicitária do que sob o enfoque dos direitos extrapatrimoniais da personalidade, o qual está igualmente amparado na Constituição, no inciso X do art. 5º. Nesse passo, argumenta:

A ideia de imagem vista pelo inciso V é distinta da imagem protegida no inciso X. Trata-se de imagem-atributo, conjunto de características sociais do indivíduo ou de determinada pessoa jurídica que o caracteriza socialmente (...) Imagem, assim, deixa de ser o retrato, a exteriorização da figura para, em outro campo, pretender ser o retrato moral do indivíduo, da empresa, do produto, seu caráter. No inciso X, estamos falando do indivíduo, onde qualquer extensão a pessoa jurídica seria inaceita. No inciso V, estamos diante de um conceito diverso, mais voltado para a área comercial do que para os direitos da personalidade. A imagem, assim, ganha esse outro sentido mais próximo da publicidade (...) características que acompanham determinada pessoa em seu conceito social.²⁴⁵

Conforme lições de David de Araújo, sustentou-se que o constituinte reconheceu mais de um conceito de imagem, ou melhor, a “imagem” passou a ter um conteúdo jurídico indeterminado, demasiadamente amplo, indefinido e aberto.

²⁴³ ARAÚJO, Luiz Alberto David de. **A proteção constitucional da própria imagem**. São Paulo: Del Rey, 1996. p. 31.

²⁴⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David. op. cit., p. 111.

²⁴⁵ A imagem retrato e a imagem atributo: conceitos distintos na Constituição Federal de 1988. COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). In: **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 524.

E no que se refere ao argumento de que quanto mais amplo seu conceito, o âmbito de proteção à pessoa seria igualmente ampliado, trazendo maiores garantias de efetivação da dignidade humana, não resta dúvida de que o efeito prático poderá ser o inverso. Com a amplitude indefinida ao conteúdo jurídico da imagem, dilui-se a imagem em outros atributos personalíssimos, de modo que se tem por prejudicado o tratamento autônomo e o regramento próprio que deve levar o atributo da imagem.

Ainda como argumento para estabelecer a distinção entre as variadas significações da imagem, o autor defende que ao utilizar o vocábulo “imagem” no mesmo artigo, mas em incisos diferentes – inciso V e inciso X, do art. 5º, CF/88 –, o constituinte pretendeu fixar a distinção de sentidos, pois o legislador não se vale de palavras inúteis, ambíguas ou indeterminadas. Todavia, opondo-se a esse raciocínio, sabemos que a Constituição brasileira de 1988 é prolixa, apresentando-se, em muitos momentos do texto, imprecisa e com alguns temas completamente estranhos a uma constituição.²⁴⁶

A imagem-atributo repousa-se ora sobre o direito à identidade, ora sobre o direito à honra. Tem seu conceito construído a partir de reiterados comportamentos em sociedade. Essa consideração permite concluir que a imagem-atributo, enquanto conjunto de particularidades de comportamento que marcam uma pessoa, pode se qualificar positivamente ou negativamente. Com o intuito de se explicar a imagem-atributo e distingui-la da honra, David de Araújo exemplifica:

Imaginemos a hipótese de um frequentador de determinado grupo religioso. Uma notícia pode ferir sua imagem, divulgando fato inverídico a seu respeito. Da mesma forma, imaginemos um ateu radical que, pelo mesmo meio, tenha divulgada notícia equivocada mostrando sua dedicação a determinada religião. A honra não está presente nessas hipóteses, pois não traz um conceito social favorável ou não.²⁴⁷

Carlos Affonso Pereira de Souza, em adesão à corrente doutrinária majoritária no Brasil, reverbera que a imagem corresponde, além da fisionomia e sua reprodução, “o conjunto de características comportamentais que identificam o sujeito. Nesse sentido, uma pessoa pode ser diligente ou preguiçosa, obediente ou

²⁴⁶ Podemos nos lembrar, por exemplo, do “art. 242. (...) § 2º - O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.” Constituição Federal de 1988.

indulgente, altruísta ou egoísta, progressista ou reacionária (...)”²⁴⁸ Observe-se a jurisprudência no mesmo sentido:

Civil. Responsabilidade civil. Despedida de relações públicas. Comunicação à praça. Ato sem motivo plausível e lesivo à imagem. Fixação do dano moral. (...)

2. O comunicado à praça de que certo empregado foi demitido e que a empresa não se responsabiliza por seus atos, quando a despedida foi o ato rotineiro e sem motivo extraordinário ou especial constitui ato ilícito porque causa dano à imagem profissional de relações públicas. O dano moral deve ser fixado considerando a necessidade de punir o ofensor e evitar que repita o seu comportamento.²⁴⁹ (GRIFO NOSSO)

Demonstra-se, aqui, ser patente e corrente a confusão em grande parcela da doutrina brasileira, que se repete em larga medida também na jurisprudência e em textos de lei, no que concerne ao direito à imagem, direito este que se encontra diluído no âmbito normativo de outros direitos da personalidade, tais quais os direitos à honra e à identidade.

Veja-se a equivalência que alguns autores brasileiros estabelecem entre honra, identidade e imagem-atributo.

Para Jacqueline Sarmento Dias, “A imagem-atributo seria o resultado da nossa vida em sociedade; nossa formação diária no meio em que vivemos”.²⁵⁰

Em sentido semelhante, Estela Cristina Bonjardim assevera:

(...) o texto constitucional fala em dano moral, material e dano à imagem. O sentido de imagem que o constituinte assegurou é o do retrato é o do *retrato moral* do indivíduo, da *empresa* ou do *produto*. Assim, ao afirmar que houve dano à imagem, estamos tratando da imagem-atributo. As características de determinada pessoa foram arranhadas pelos meios de comunicação. A imagem-atributo de determinado produto foi abalada. A imagem de determinado restaurante sofreu um abalo. Nesse contexto, surge a exceção das *peças jurídicas*, que não tem imagem como decorrência do direito da personalidade, mas podem ser protegidas e indenizadas quando violada sua imagem-atributo pelos meios de comunicação (...) A

²⁴⁷ ARAÚJO, op. cit., p. 36.

²⁴⁸ SOUZA, Carlos Affonso de. Contornos atuais do direito à imagem. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v.13, 2000. p. 42

²⁴⁹ Ibid., p. 44.

²⁵⁰ DIAS, Jacqueline Sarmento. **O direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 73.

imagem-atributo é conseqüente da *vida em sociedade* (...) O chefe de família tem uma imagem que, como é evidente, não se confunde com a imagem retrato. Pode estar havendo violação da imagem profissional de um médico, sem que, em absoluto, haja qualquer violação à imagem-retrato. (...) A *imagem do Poder Judiciário*, a *imagem do Presidente da República*, a *imagem do líder religioso*, a *imagem do político*. São expressões novas, correntes e incorporadas ao vocabulário nacional, de forma a determinar uma proteção certa e individualizada.²⁵¹

Analisando as citações acima, o conceito da imagem-atributo amolda-se ao conteúdo da honra, associando a noção de imagem à reputação, aura e fama.

Nota-se, aqui, a tentativa de inverter a ordem existente entre os atributos jurídicos, isto é, a partir da teoria da autonomia do direito à imagem, deslocam-se alguns aspectos da honra para o âmbito normativo da imagem-atributo.

Verifica-se, pelas passagens citadas e da leitura da maioria dos autores brasileiros, que é generalizada a aproximação da imagem-atributo ao sentido corriqueiro da imagem, como “imagem social”. Carlos Affonso Pereira de Souza reconhece:

“É importante notar que a imagem-atributo nasce do próprio uso *vulgar* do termo “imagem”, o qual passa a significar não apenas a fisionomia e a sua reprodução, mas também o conjunto de características comportamentais que identificam o sujeito. Neste sentido, uma pessoa pode ser diligente ou preguiçosa, obediente ou indulgente, altruísta ou egoísta, progressista ou reacionária.”²⁵²

Percebe-se a falta de precisão da técnica jurídica em colocar a imagem-atributo como categoria do direito de imagem que serve à proteção da reputação da pessoa humana, em clara equiparação ao direito à honra.

Estabelece-se, assim, uma verdadeira confusão teórica, porque ao mesmo tempo em que se pretende traçar diferenças entre honra e imagem-atributo, nota-se a correlação delas, na medida em que se equipara a imagem-atributo ao “retrato social” do indivíduo, às características da pessoa no seu trato social.

Não obstante haver um sentido quase que uníssono na doutrina pátria para

²⁵¹ BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**. São Paulo: M. Limonad, 2002. p. 42.

²⁵² SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do direito à imagem. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v.13, 2003. p. 42.

admitir o direito à imagem contemplando em seu conteúdo a proteção da “imagem-retrato” e da “imagem social ou atributo”, parece ser evidente a intersecção entre o âmbito normativo da honra e da imagem, segundo esse posicionamento. Tanto a honra – em seu duplo aspecto, subjetivo e objetivo – quanto a imagem-atributo possuem carga fortemente subjetiva, são construídas a partir da sociedade que o qualifica – transcendência da representação gráfica dos aspectos físicos – ou da própria estima que tem a pessoa sobre ela mesma – o que também caracteriza a imanência dessa “imagem”.

Para demonstrar esse diagnóstico elaborado no presente trabalho, cabe dar relevo à seguinte passagem de David de Araújo:

(...) o intuito do direito de resposta se situa no campo dos instrumentos de defesa do indivíduo contra o direito à informação, que pretende ver retificado equívoco referente a sua pessoa ou resposta a sua *honra maculada* (...) não pode haver dúvida de que o bem protegido pelo direito de resposta é a *honra* do indivíduo. Sua *reputação*, se atingida, ensejará a resposta. Só o ofendido ou acusado poderá responder. É essa a dicção do texto constitucional, que, mesmo não sendo expressa, deixa implícita tal regra. Além da honra, no entanto, outro bem é protegido, a correção da informação.²⁵³

Em que pese entendimento contrário exposto acima, partindo da leitura do inciso V, art. 5º da Constituição, não é possível extrair a interpretação restritiva de que o direito de resposta serve apenas à tutela da honra. Isso, pois, o direito de resposta funciona como mecanismo jurídico para eliminar os excessos do exercício da liberdade de imprensa que acometam a dignidade humana em todas as suas manifestações. Pode ser que ocorra divulgação de matéria concernente a determinado indivíduo, mas que não seja afeta à sua reputação, fama ou “imagem social”.

Parece ser equivocada a ideia do direito de resposta vincular-se estritamente com a proteção da “imagem-atributo”. À luz da própria redação do inciso V, o direito de resposta traduz-se em garantia para retificação de informações inexatas ou inverídicas atinentes à pessoa física e jurídica, não importando, assim, em limitá-lo a

²⁵³ ARAÚJO, Luiz Alberto David de. **A proteção constitucional da própria imagem**. São Paulo: Del Rey, 1996.p. 112-114.

um direito que assegura tão somente o direito à imagem social, como quer a doutrina nacional consignada acima.

Igualmente sem razão sustentar-se que enquanto o inciso V dirige-se à proteção de aspectos patrimoniais, o inciso X determina a extrapatrimonialidade da inviolabilidade dos direitos da personalidade. Quando, na parte final do inciso X, se estabelece “(...) assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”, nota-se que ao mencionar “dano material”, o texto atribui, por via de consequência lógica, também o caráter pecuniário aos atributos da personalidade.

Observa-se, ainda, o equívoco da doutrina adepta à equiparação da imagem ao seu sentido vulgar de “imagem social”, quando, na verdade, se refere à identidade pessoal. Perfilhando o entendimento majoritário da doutrina nacional, cite-se a autora Regina Sahm:

Direito à imagem nos modernos sistemas contemporâneos designa também a *verdade pessoal* ou o direito de a pessoa ser designada conforme a imagem que faz de si mesma ou o direito de não ser qualificada sob uma *perspectiva falsa*. O bem da imagem retrata a personalidade individual, que conjuga os elementos próprios do sujeito, em sua *qualidade de ator social*, e que o *distingue das demais pessoas*. (...) é o conjunto de faculdades ou prerrogativas jurídicas cujo objeto é toda expressão formal e sensível da personalidade que individualiza a pessoa quer em sua expressão estática (física), quer dinâmica (reprodução), assim como por meio da qualificação ou perspectiva, de acordo com a sua *verdade pessoal*, (existencial), a imagem que faz de si (subjetivamente) e seu reflexo na sociedade (objetivamente), garantida a utilização exclusiva pelo titular, compreendendo a prevenção dos atentados sem prejuízo da indenização por danos causados.²⁵⁴

Conforme argumentação desenvolvida, demonstrou-se a incompatibilidade conceitual entre o direito à imagem e o direito à honra, possuindo cada qual uma seara própria de tutela.

Assim como a teorização do direito à honra encontra-se emancipada em relação ao direito de imagem, o mesmo raciocínio se aplica para o direito de identidade pessoal, o qual também se apresenta autônomo frente o direito de

²⁵⁴ SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 34.

imagem.

Isso, pois, a licitude da veiculação da imagem do indivíduo envolvido em ocorrências que não sejam desonrosos não é mensurada pelo direito de imagem, mas sim pelo direito de identidade pessoal. Se assim fosse, ter-se-ia a imagem-atributo como equivalente da identidade pessoal, cujo objeto consiste no conjunto de atributos que particularizam a pessoa na sociedade, tais como a identidade genética, as verdades e as histórias pessoais.²⁵⁵

Destarte, o direito de ser único e diferente das demais pessoas da sociedade, bem como o direito de não ser colocado em notícia que distorça o seu perfil social da personalidade está garantido pela nova configuração dinâmica do direito à identidade pessoal, que nada tem a ver com o direito à própria imagem-atributo.

Por todo o exposto, entende-se, nesta dissertação, que o conteúdo do direito à imagem corresponde somente à faculdade que tem o indivíduo de controlar os momentos que deva ter aproveitada ou excluída as representações gráficas da sua aparência externa que o singularize, ressalvadas as exceções de interesse público. Traduz-se, portanto, o direito à imagem na possibilidade de exercício pleno da livre autodeterminação dos aspectos físicos da pessoa, que a identifica e destaca em face dos demais indivíduos.

3.2 OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA CONSTRUÇÃO DO DIREITO À IMAGEM E A SUA AUTONOMIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Historicamente, o direito à própria imagem guardou estreita relação com outros direitos, tanto que, na sua concepção original, a imagem aparecia sempre subordinada a outros atributos da personalidade, o que deu ensejo às chamadas *teorias vinculativas da imagem*.²⁵⁶

²⁵⁵ CIFUENTES, op. cit. p., 606-612.

²⁵⁶ A respeito das teorias vinculativas: BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 90. MORAES, Walter. Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 25. p. 68-69. BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto. **Direito à própria imagem: aspectos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 30-51. CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004. p. 129-130. SAVATIER, René. **Le**

Essas teorias associam a imagem a outros bens jurídicos, tais como a intimidade, a honra, a identidade e o direito de autor. As teorias vinculativas, portanto, reduzem a imagem a um mero capítulo de outros direitos da personalidade.

Essas teorias mereceram as críticas que receberam devido ao fato de tratarem a imagem de modo secundário. Com base nessa linha criticável de pensamento, para que houvesse ofensa ao direito à imagem, deveria ocorrer a violação de outro bem jurídico, tal como a intimidade ou a honra. Nestes casos, não se considera um direito à imagem propriamente dita.

Sessarego, ao apresentar uma síntese sobre a evolução do tratamento doutrinário dado ao direito à imagem, considera as teorias reducionistas como assunto superado, em função da autonomia do direito à imagem:

La evolución del concepto de derecho a la imagen no ha sido pacífica, sino bien controvertida. (...) Em el primero momento, el derecho a la imagen se lo pretendía mostrar como una 'objetivación'. (...) el derecho tutelaba el retrato como algo separado de la persona misma, como um objeto material Independiente del sujeto. En un segundo instante, se le negó autonomía. (...) la imagen era um bien de la persona digno de protección no por lo que ella misma significaba, sino tan sólo por ser um instrumento que se utilizaba para agravar el honor, la reputación o, más recientemente la intimidade de la persona. (...) En un tercer momento, em los tiempos que corren, (...) se tutela la imagen, impidiendo que ella captada por cualquier médio, se exponga o divulgue sin el asentimiento de la persona, salvo los casos específicamente consentidos por la ley.²⁵⁷

No Brasil, apenas a partir da Constituição de 1988, a ideia de autonomia do direito à imagem, como especificidade do direito da personalidade, ganhou força no debate jurídico. À luz da constitucionalização do direito civil, mister o tratamento da imagem como um bem jurídico autônomo, livre de teorias subsuntivas do direito à privacidade e do direito à honra.²⁵⁸

Desenha-se o direito autônomo à imagem no seguinte quadro: havendo divulgação do retrato de um indivíduo, sem seu consentimento, em caso não

droit de l'art et des lettres. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953.p 83: "(...) l'image appartient premièrement à l'intimité de celui qu'elle livre".

²⁵⁷ SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho a la identidad personal.** Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992. p. 145-146.

²⁵⁸ GEDIEL, José Antônio Peres; CAMARGO, Rodrigo Eduardo; WINIKES, Ralph. O direito da personalidade à própria imagem e a autonomia do dano. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, Maringá, v. 10, n. 1, p 51-68, jan. /jun. 2010.

excepcionado por lei, tem-se o resultado “violação da imagem”. Não havendo motivação de ordem pública para sua exploração, ofende-se, então, o atributo personalíssimo autônomo que é a imagem. Se, neste caso, ocorresse a violação de outros atributos da personalidade, como a honra e a privacidade, é outra questão.²⁵⁹

Ressalte-se que ao se conceber o direito à imagem como direito autônomo, proteção mais ampla é ofertada à pessoa humana. Em um sistema sobre o qual a dignidade da pessoa humana é elemento fundante que informa todo o Direito, a autonomia do direito à imagem, mais do que interessante, se mostra necessária.

Passa-se, na sequência, à análise do direito à imagem e sua relação com os atributos da personalidade honra e privacidade ao longo do curso da história. Apesar da doutrina pátria e estrangeira atuais asseverarem pela autonomia do direito à imagem, verifica-se que as tentativas de subsunção da imagem aos demais atributos da personalidade ainda subsistem em textos legais e na jurisprudência brasileiras.

3.2.1 A IMAGEM E O DIREITO À HONRA

A teoria segundo a qual o direito à imagem está contido no âmbito normativo do direito à honra pode ser considerada a mais antiga, e, apesar disso, continua atual. Para a teoria que estabelece o vínculo entre imagem e honra, “protegia-se o direito à imagem como derivação do direito à honra, pois aquele estava inserido neste”.²⁶⁰

Cumprir registrar, para melhor esclarecimento do trabalho, o que se entende por honra. Zulmar Fachin explica que o conceito de honra “(...) se biparte em: honra subjetiva, quando o prestígio social é avaliado pela própria pessoa, e honra objetiva, caso o juízo valorativo seja o do grupo social.”²⁶¹

²⁵⁹ SESSAREGO, op. cit., p.140: “(...) la imagen es un bien autônomo, digno de tutela jurídica, como sucede con todos los derechos de la persona (...)”

²⁶⁰ FACHIN, Antonio Zulmar. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p.63.

²⁶¹ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Aspectos da responsabilidade civil sob a perspectiva do direito à própria imagem. DONNINI, Rogério Ferraz; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). In: **Responsabilidade civil – Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 369.

Specker sustenta que a honra abriga o valor moral do homem, como a boa fama, o bom nome, a consideração social (honra objetiva) e a relação com o íntimo de própria dignidade pessoal (honra subjetiva).²⁶²

No Direito Comparado, verifica-se que o art. 20 do Código Civil brasileiro guarda muita semelhança com o conteúdo do art. 10 do Código Civil italiano. Confira-se o preceito legal italiano:

Artigo 10, Código Civil italiano de 1942: Sempre que a imagem de uma pessoa ou dos genitores, do cônjuge e dos filhos, seja exposta ou publicada fora dos casos em que a exposição ou a publicação é permitida por lei, ou com prejuízo do decoro ou de reputação da mesma pessoa ou de ditos parentes, a autoridade judiciária, a pedido do interessado, pode dispor que cesse o abuso, sem prejuízo do ressarcimento dos danos.

Santos Cifuentes sustenta que o referido artigo estrangeiro garante proteção autônoma à imagem,²⁶³ enquanto para De Cupis, o Código Civil do seu país adota a teoria que submete a proteção da imagem ao direito à privacidade.²⁶⁴ A posição mais acertada é a consignada por Walter Moraes, para quem a lei civil italiana alberga a imagem no âmbito normativo do direito à honra.²⁶⁵

Na contramão da evolução do direito civil-constitucional,²⁶⁶ o Código Civil de 2002 apresenta posicionamento reducionista da imagem, já superado pela doutrina em geral, mas não libertado pela jurisprudência nacional, que insiste, com certa frequência, em confundir e os atributos da imagem, honra, privacidade, fixando, inclusive, peso menor à imagem.

²⁶² CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004. p. 111.

²⁶³ CIFUENTES, op. cit., p. 510.

²⁶⁴ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004. p. 129-130.

²⁶⁵ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 25. p. 68-69.

²⁶⁶ A respeito da Constitucionalização do Direito Civil: “*Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).*” LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, 1999. p. 100.

O artigo 20 do Código Civil pátrio dispõe que somente ocorrerá ofensa à imagem se for verificada a violação à honra, à boa fama ou a respeitabilidade, ou se houver utilização não autorizada da imagem alheia, com fulcro econômico.²⁶⁷ Verifica-se, na primeira parte do seu *caput*, a presença da direito à honra, enquanto o direito à imagem estaria garantido tão somente nos casos de veiculação indevida do retrato de terceiro, com finalidade de auferir vantagem comercial.

Nas palavras de Gustavo Tepedino, no sistema do Código Civil, o referido dispositivo:

(...) limitar-se-ia a reputar abusivo o uso da imagem quando se viola a honra (...) ou quando se destina a fins comerciais, o que restringiria a tutela autônoma à imagem à sua utilização com fins comerciais. Dito diversamente, no sistema do Código Civil, só configuraria verdadeira violação da imagem o seu uso comercial não autorizado, uma vez que, na outra hipótese, o que é objeto de tutela é a honra.²⁶⁸

O entendimento consignado no Código Civil equivale ao registro de um “olhar pelo retrovisor”. Não se mostra adequado que um preceito legal inaugurado no início do terceiro milênio, tal como o art. 20 do Código de 2002, trilhe, coincidentemente ou não, os passos do artigo 10 da Itália de 1942.

Caberia ao legislador da codificação de 2002 ter lançado um olhar crítico nas bases do passado, soerguido este pelos valores do pós-guerra e renovado pela abertura democrática de 1984 no Brasil, que possibilitou fosse todo o ordenamento jurídico informado pela ótica existencialista do ser humano considerado em suas particularidades.

Ressalve-se que o Projeto que resultou no Código Civil de 2002 pertence à década de 1970, o que poderia justificar, ao menos em parte, o flagrante desequilíbrio entre o Código Civil e a Constituição de 1988.

²⁶⁷ Artigo 20, *caput*, Código Civil de 2002: “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que lhe couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.” (Grifou-se)

²⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1.p. 55.

Não obstante tenha legislador do início do século XXI repisado os caminhos italiano de 1942 e brasileiro de 1970, uma “correção hermenêutica” com o objetivo de garantir ao direito à imagem a qualidade de direito autônomo impõe-se pela pauta constitucional. Como já fora raciocinado, a Constituição em seu artigo 5º, X, assegura a inviolabilidade da imagem em si, *ao lado* da inviolabilidade de outros bens jurídicos, tais como a intimidade e a honra. A Constituição não submete a proteção da imagem à violação de qualquer outro bem jurídico. Observe-se:

CF/88. Art. 5º (...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Constata-se, da simples leitura desse inciso constitucional, a opção do constituinte pela autonomia do direito à imagem, livre de aprisionamentos que a jurisprudência e a legislação infraconstitucional insistem, inadvertidamente, em empreender sobre a imagem sempre que a colocam sob o véu da honra e da privacidade.

3.2.2 A IMAGEM E O DIREITO À PRIVACIDADE

Para alguns autores, a imagem pertence ao âmbito normativo da privacidade. Nesse entendimento, a ofensa do direito à imagem pressupõe a violação à privacidade. Essa concepção doutrinária é capitaneada pelo italiano De Cupis, ao se referir ao direito à imagem como um dos desdobramentos do direito ao resguardo, e ecoa pelo direito brasileiro, sobretudo na jurisprudência.

Antes de se discutir o entendimento que vincula a imagem ao direito à intimidade, discutir-se-á sobre o debate doutrinário acerca da distinção entre *intimidade* e *vida privada*.

No intuito de justificar as diferenças, defende-se a tese de que o artigo 5º da Constituição de 1988, inciso X, define conteúdo normativo próprio à intimidade e à vida privada, e por causa da omissão do legislador infraconstitucional, caberia à jurisprudência e à doutrina imprimir clareza aos conceitos.

Discute-se que a relevância em estabelecer variações de conteúdo entre os conceitos “intimidade” e “vida privada”, distinguindo-os, residiria no fato de que a intervenção em âmbito normativo de um não afetaria, necessariamente, o outro, pois cada qual possuiria características próprias que lhes garantiriam a condição de servir aos direitos da personalidade como se fossem atributos personalíssimos autônomos. Nessa ótica, seria possível a verificação de ofensa a ambos os direitos ou apenas a um deles.

A doutrina brasileira não é uníssona no assunto. Biparte-se entre concepção que, apoiada no *discrímen* constitucional e na chamada “teoria das esferas”, entende a vida privada e a intimidade como atributos da personalidade autônomos entre si,²⁶⁹ e concepção que, por compreender os referidos termos como sinônimos, postula que estes devam ser tutelados de forma unificada.²⁷⁰

No que concerne à teoria das esferas, a ciência jurídica alemã indica haver três círculos concêntricos, que gravitariam em torno do resguardo da pessoa humana. Um dos primeiros e principais idealizadores da teoria das esferas foi Heinrich Hubmann, que, na sua obra *Das Persönlichkeitsrecht*, oferecida a primeira edição em data de 1953,²⁷¹ distribuiu a personalidade humana em três esferas concêntricas.

O maior círculo (*Privatsphäre*) representa a vida privada, de que se excluem do conhecimento público aspectos específicos da pessoa. O círculo intermediário (*Intimsphäre*) trata da intimidade como expressão de uma esfera confidencial, mais limitada que a vida privada. O menor círculo (*Geheimsphäre*) circunscrever-se-ia no segredo, aborda o sigilo, a vida íntima *stricto sensu*.²⁷²

A seu turno, Henkel, citado por Paulo José da Costa Júnior, define o que a doutrina majoritária alemã vem a entender por intimidade:

(...) fazem parte desse campo conversações ou acontecimentos íntimos, dele estando excluídos não só o “quivis ex populo”, como

²⁶⁹ Cite-se por todos: SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

²⁷⁰ Cite-se por todos: DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²⁷¹ *Apud* CORDEIRO, op. cit., p. 200.

²⁷² SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 255.

muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular do direito à intimidade. Vale dizer, da esfera de intimidade ainda resta excluído não apenas o público em geral, como é óbvio, bem assim determinadas pessoas, que privam com o indivíduo num âmbito mais amplo.²⁷³

Para René Ariel Dotti, intimidade é “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”.²⁷⁴ Pontes de Miranda ensina que o direito à intimidade concerne ao direito “a que se exclua o tornar-se conhecido algum fato, qualidade ou a pessoa mesma”.²⁷⁵

Tércio Ferraz Júnior sugere a superação da noção liberal oitocentista de intimidade, para aproximar o conceito ao panorama jurídico-constitucional do pós-guerra, senão vejamos o que o autor escreve sobre esse atributo: “âmbito do exclusivo que alguém reserva a si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da vida privada que por mais isolada que seja, é sempre viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum).”²⁷⁶

O professor Elimar Szaniawski, fundado no pensamento de Pontes de Miranda, faz a seguinte gradação entre os direitos à privacidade:

(...) [direito à intimidade significa] o direito que a pessoa possui de se resguardar dos sentidos alheios (...), enquanto que o direito ao segredo consiste na não-divulgação de determinados fatos da vida de alguém, cujo conhecimento foi obtido lícitamente. O segredo da vida privada ou sigilo consiste na liberdade de não emitir o pensamento para todos ou além de certas pessoas.²⁷⁷

José Adércio Leite Sampaio, por sua vez, afirmou existirem três “camadas” da personalidade: *esfera mais interna, esfera da vida privada, e esferas sociais e públicas*.

²⁷³ COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só**. São Paulo: Editora Siciliano Jurídico, 2004. p. 37.

²⁷⁴ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 69.

²⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: parte especial**. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. v. 7.p. 57.

²⁷⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, v.1, n.1, p. 72, 1992.

²⁷⁷ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993. p. 128.

A esfera mais interna equivale ao âmbito normativo da intimidade. Seria a esfera mais restrita, aquela que, nas palavras do autor, seria “(...) o âmbito do ser isolado; alguns doutrinadores, contudo, passaram a estendê-la às relações com um número limitado de pessoas, imediatamente relacionadas”.²⁷⁸ A esfera da vida privada, sendo mais ampla que a anterior, é moldada, nas palavras do autor:

(...) por grupos sociais bem delimitados, dos quais o indivíduo participa: a família, os parentes, os amigos, os colegas, os colaboradores. Os assuntos, as notícias, as cenas que envolvam a pessoa em tais grupamentos devem, em princípio, ficar alheios aos interesses de outras pessoas, grupos sociais ou Estado. Nessa esfera sublinha-se a necessidade de um “estrito respeito do mandato de proporcionalidade”, para que se promova alguma restrição em seu âmbito de proteção.²⁷⁹

Por derradeiro, as esferas sociais e públicas pautam-se pelo critério da exclusão, ou seja, englobam tudo o que não fizer parte da esfera da vida privada, como o campo de atuação política e social da pessoa.²⁸⁰

Superado o recorte temático que demonstrou os variados entendimentos acerca dos conceitos de intimidade e vida privada, passamos à análise da relação desses conceitos, reduzidos no presente trabalho ao termo “privacidade”, com o direito à imagem.

Existem autores que colocam o atributo personalíssimo da imagem no âmbito normativo do direito à intimidade. Como dito, assim o faz De Cupis, sempre que se refere ao direito à imagem. Em passagem escrita pelo jurista italiano, observe-se o direito à imagem sendo tratado como desdobramento do direito ao resguardo (privacidade):

Uma das manifestações importantes do direito ao resguardo é o chamado direito à imagem. Com a violação do direito à imagem, o corpo, e as suas funções não sofrem alteração; mas verifica-se relativamente à pessoa uma mudança da descrição de que ela estava possuída, e também uma modificação de caráter moral (a

²⁷⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 256-257.

²⁷⁹ Ibid., p. 257.

²⁸⁰ Ibid., p. 257.

circunspeção, reserva ou discrição pessoal, embora não faça parte da essência física da pessoa, constitui uma qualidade moral dela).²⁸¹

No Brasil, Francisco Amaral demonstra perfilhar os ensinamentos de Adriano De Cupis: “O direito ao recato consiste no direito de cada um ter preservada a intimidade de sua vida privada da indiscrição alheia. Sem contorno preciso, traduz-se no direito à imagem, no direito ao sigilo da correspondência e da comunicação telegráfica ou telefônica.”²⁸²

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em voto abaixo transcrito, demonstra seguir os mesmos passos e se valer das mesmas fontes que Francisco Amaral, nesse tema em específico:

O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, **por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada.** (...) Esse duplo aspecto é, por certo, refletido na noção ambígua do direito à imagem, que não protege apenas **o interesse moral que tem a pessoa de se opor à sua divulgação, em situações atentatórias à sua vida privada**, mas assegura também a proteção do interesse material a que a sua imagem não seja explorada sem a devida autorização e confere-lhe o monopólio de sua exploração.²⁸³ (GRIFOU-SE)

Em defesa do direito autônomo à imagem, Notaroberto Barbosa qualifica como equivocado o pensamento jurídico que almeja a submissão da imagem a outro atributo humano, como a privacidade.

Dessa forma, “esta teoria reduz a mera expressão de outro valor distinto, como é a intimidade.(...) É teoria reducionista no que tange à proteção jurídica da imagem, e por tal insuficiente.”²⁸⁴

²⁸¹ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. p. 140.

²⁸² AMARAL, op. cit. p., 269.

²⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº267.529-RJ (2000/0071809-2). Recorrente: Icatu Hartford Seguros S/A. Recorrido: Genivaldo de Oliveira Lins. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 3 de outubro de 2000. Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=1542733&nreg=200000718092&dt=20001218&formato=PDF>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

²⁸⁴ BARBOSA, op. cit., p. 39.

Com base na tese de subordinação do direito à imagem ao direito à intimidade, demandas da nova realidade social ficam sem respostas, como é o caso da exploração econômica da imagem.

Afinal, pode-se, indubitavelmente, haver lesão à imagem sem que haja relação com a vida privada, já que são bens jurídicos autônomos. É o que ilustra Santos Cifuentes:

Una persona se retrata y permite expressamente, por dinero u otro motivo, que la imagen se utilice em propaganda de uma mercadería de uso común. Difundida en afiches, tarjetas, cinematógrafo y televisión del lugar, ya no podría hablar de que esse retrato suyo representa uma parte de su esfera secreta, de la intimidad o reserva de su figura. Pero resulta que otra empresa comercial o publicitaria, para propaganda de productos de distinta marca o natureza se apropia de aquella imagen ya divulgada y, a su vez, la utiliza. ¿Corresponde que la persona pueda defenderse contra la segunda difusión no autorizada y tampoco querida? Por de pronto, ya no podría invocar um ataque a su intimidad. Creo, no obstante, que La demanda seria justa y viable.²⁸⁵

Assim, verificar-se-á ofensa à privacidade sempre que houver interferência indevida e não autorizada na esfera pessoal do indivíduo que implique o desequilíbrio sobre o controle de suas próprias informações. Já o direito à imagem restará ofendido nos casos de veiculação do retrato individual, sem consentimento do retratado, sem propósito legítimo, nem justificativa de legalidade ou interesse público.

O exemplo trazido por Walter Moraes contribui à colocação dos conceitos em seus lugares designados constitucionalmente, bem como à superação da controvérsia marcada pelas tentativas de associação da privacidade com a imagem: havendo outra publicação de um retrato, esta segunda publicação ofende tão somente o direito à própria imagem, independente do conteúdo do objeto, se a fotografia fosse divulgada, na primeira vez, de forma consentida.²⁸⁶

²⁸⁵ CIFUENTES, op. cit., p. 511.

²⁸⁶ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 25, p. 343.

À luz da doutrina francesa, Pierre Kayser afirma que a natureza do direito à imagem varia conforme as finalidades da proteção.²⁸⁷ Não havendo razoabilidade, nem legalidade nas finalidades da publicação, a proteção do direito das pessoas sobre a sua própria imagem deve ser ampla e prevalecer sobre os interesses – privados ou públicos não tão fortes – para os quais a imagem foi captada. Isso, pois, publicação da imagem do indivíduo pode induzir à alteração pública da personalidade ou da exploração e violação da privacidade.²⁸⁸

Assim, o direito à imagem é conjugado com a tutela contra a utilização do retrato em circunstância outra que aquela autorizada (alteração pública da personalidade) e contra a comercialização da imagem, não havendo que limitá-lo às condições de violação da privacidade.

Em síntese, o direito à imagem não deriva do direito à privacidade, nem do direito à honra. Na prática do caso concreto, de um só ato ilícito podem decorrer violações, ao mesmo tempo, ao direito à honra, à privacidade e à imagem. Ocorre que a autonomia de cada um desses atributos da personalidade se impõem pertinentes à proteção integral da dignidade humana, pois há situações em que nem todos esses atributos serão atingidos pelo ato ilícito. Desse modo, os direitos à honra, à imagem e à privacidade devem ser encarados como especificidades dos direitos da personalidade, também tutelados em nível constitucional, como direitos fundamentais.

3.3 O EXERCÍCIO DO DIREITO À IMAGEM: ESTRUTURA E ÂMBITO DE PROTEÇÃO NORMATIVO-CONSTITUCIONAL

Todos os direitos da personalidade – direito à liberdade, à honra, à intimidade, à imagem, etc. – devem ser encarados como especificidades dos direitos da personalidade, tutelados inclusive em nível constitucional como direitos fundamentais. Faz-se a ressalva de que podem sofrer algumas restrições no âmbito de cada um deles, quando houver, em casos concretos, colisões com o direito de

²⁸⁷ KAYSER, Pierre. **La protection de la vie privée par le droit**: protection du secret de l'avie privée. 3.ed. Paris: Economica, 1995. p. 196.

²⁸⁸ Ibid., p. 200.

informação. É compreensível que a liberdade de imprensa possua fronteiras que se traduzem nos aspectos essenciais da pessoa.

Por respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e da ordem pública, à liberdade igualmente se deve conferir alguns limites, de modo que seu exercício não seja desenfreado e cerceado apenas pelo subjetivo bom senso de cada um.

O amplo exercício da liberdade de informação deve levar em conta os direitos da personalidade. Sublinhe-se a particularidade das situações que envolvam o menor de idade, o qual possui uma esfera de proteção da sua dignidade ainda maior, assegurada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Convenção dos Direitos da Criança, com vistas à garantia de condições propícias ao desenvolvimento social e psíquico pleno do infante.²⁸⁹

Se houver divulgação da imagem de um indivíduo, sem seu consentimento, em hipótese não excepcionada pela lei, isto é, se não houver motivação de ordem pública ou legal para sua exploração, tem-se, então, um caso de ilicitude. Ocorrendo violação de outros atributos da personalidade, como a honra e a intimidade, é outra questão, já que são aspectos personalíssimos autônomos que compõem a personalidade, cada qual com regramento e lógica próprios.

Por ser o direito à imagem tutelado em sede constitucional, enquanto direito fundamental, de igual hierarquia à liberdade de imprensa, não se mostra adequado preestabelecer uma ordem abstrata e apriorística entre tais direitos. O entendimento, de origem notadamente norte-americana, de que, dentro de uma realidade democrática, a liberdade de imprensa deva ser considerada direito hierarquicamente superior, ao menos *prima facie*, em relação a todos os demais direitos não pode

²⁸⁹ LEI nº 8.064, ECA, art. 247. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

§ 1º *Incorre na mesma pena quem exhibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente. (...) (GRIFO NOSSO).* BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 16 dez. 2012.

prevalecer. Sobre esse tema, cumpre trazer à baila a seguinte passagem do Ministro Carlos Ayres Britto:

(...) em relação ao direito à imagem, à honra e à privacidade, cuja proteção pareceu indispensável ao constituinte também em face da liberdade de informação. Não fosse assim, não teria a norma especial ressalvado que a liberdade de informação haveria de se exercer com observância do disposto no art. 5º, X, da Constituição. Se correta essa leitura, tem-se de admitir, igualmente, que o texto constitucional não só legitima, como também reclama eventual intervenção legislativa com o propósito de concretizar a proteção dos valores relativos à imagem, à honra e à privacidade. É fácil ver, assim, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição.

Sabe-se que o debate em pauta não deve ser tratado de modo simplista, como se fosse possível a existência de uma fórmula estática que servisse à solução das situações conflitantes do caso concreto – hipóteses de colisões de direitos. Do mesmo modo, qualquer abordagem acerca da atuação da imprensa que proponha discutir os excessos desse exercício é assunto delicado que merece tratamento técnico rigoroso, isento de subjetivismo, sob pena de o trabalho ser malversado para justificar posturas de censura. O que se pretende reforçar aqui, muito ao contrário de qualquer ímpeto em promover raciocínio jurídico de controle da mídia, é que a liberdade de imprensa deve coexistir no caso concreto, em máxima medida possível, com o respeito à dignidade humana e à ética.

Os excessos midiáticos não devem confundir a sociedade, distorcendo o conteúdo da liberdade de imprensa; os abusos da imprensa, que afrontam a personalidade humana, não devem – e não são – manifestações do direito de informar. Assim, adiantando-se aos questionamentos de muitos, que poderiam tergiversar e aniquilar o debate antes mesmo de começar, no que concerne aos textos que se propõem a apontar e criticar os excessos da liberdade de imprensa, não se trata de cultuar o cerceamento da liberdade de imprensa.

Haja vista os inúmeros abusos correntes em todos os meios de comunicação possíveis cotidianamente, o que se seguirá nesse tópico consiste no diagnóstico crítico reflexivo do panorama atual do “pseudo jornalismo”, carecedor de

ética e de respeito à pessoa humana, e que transforma a imagem da pessoa humana e os dramas sociais em simples mercadorias, introduzidas em padrões midiáticos sensacionalistas.

Como pilar de sustentação desse cenário de perversão da mídia, os tribunais ecoam pelos quatro cantos do Brasil o entendimento aplaudido pela doutrina civilista majoritária e consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça na súmula 403, editada em outubro de 2009, que defende a tutela da imagem autonomamente dos demais atributos da personalidade sempre que veiculada, sem autorização, para fins comerciais.²⁹⁰

Esse entendimento é aplicado de maneira singela pelo Judiciário, como se fosse uma fórmula matemática, nos seguintes moldes: imagem retratada sem consentimento do titular, com finalidade inquestionável de publicidade ou de aproveitamento econômico por terceiros, implica a violação do direito e a consequente indenização por danos morais, enquanto o uso desautorizado da imagem alheia, sem objetivos claros e diretos de auferir lucro para terceiros, é admitido e encarado como hipótese de mitigação do direito à imagem em favor da liberdade de imprensa.

E é justamente nesse passo que está um dos maiores problemas para a plenitude do direito à imagem, cujo conteúdo expressa-se no livre exercício do direito para determinar quais momentos e espaços que a imagem do indivíduo será veiculada, ou, de modo inverso, quando a imagem será reservada ao conhecimento restrito ou nem mesmo será veiculada, ao exclusivo critério do titular.

A conexão entre ilicitude da divulgação da imagem e sua evidente destinação comercial reduz o âmbito de tutela da pessoa humana, atribuindo-se a essa tormentosa questão do direito à imagem uma solução estritamente patrimonialista.

Em que pese a jurisprudência majoritária assentar a proteção da imagem em condições limitadas às ocorrências de exploração econômica não consentida, havendo inclusive o entendimento sumulado supracitado, para a realização efetiva

²⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 403. Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. Disponível em:<

da pessoa humana, impõe-se o reconhecimento do direito à imagem de modo autônomo, em todas as suas facetas. E quando se diz autônomo, quer-se dizer não somente em relação aos outros aspectos da personalidade, como a honra e a privacidade, sob os quais o direito à imagem é comumente colocado pela jurisprudência.

Pela defesa da autonomia do direito à imagem, entende-se também a não limitação da tutela da imagem às circunstâncias de exploração econômica não consentida.

A imagem existe por si só, devendo ser reconhecido o controle do titular quando da captação e veiculação do retrato. Como dito, o exercício do direito de imagem significa o seu controle pela própria pessoa, decorre da liberdade que tem cada indivíduo em autodeterminar-se.

Cabe apenas à pessoa humana decidir quais as ocasiões, em termos espaciais e temporais, que terá sua imagem registrada e divulgada. Ressalvadas as hipóteses legais de dispensa do consentimento do titular, não é razoável que terceiros determinem o alcance da imagem alheia.

A captura e respectiva veiculação da imagem em qualquer lugar e a qualquer momento são manifestamente ilegítimas e não devem ser toleradas pela sociedade como decorrência de uma distorcida liberdade de imprensa, que na verdade em nada tem a ver com a sua versão original para a qual foi pensada como coluna de desenvolvimento e de consolidação do Estado Democrático de Direito.

Caso contrário, ter-se-á um constante estado de alerta provocado nos indivíduos, que estariam obrigados a suportar agressões à personalidade em nome de uma suposta e deformada liberdade de imprensa, o que ensejaria diversos conflitos dentro da sociedade e interferindo na coexistência equilibrada dos indivíduos que a compõem, situação esta que afronta a função estabilizadora e pacificadora que tem o Direito.

Observa-se, a rigor, que a súmula 403 editada pelo STJ é muito mais regra de ordem processual do que de direito material, na medida em que prescreve a dispensa do ônus de provar o prejuízo para o pleito de indenização decorrente da utilização indevida da imagem com fins econômicos por terceiros.

Nota-se que a súmula em questão faz uma leitura processual, em matéria de ônus da prova, do artigo 20, *caput*, do Código Civil, cujo conteúdo assegura o direito de impedir a publicação da imagem de pessoa, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se houver destinação comercial.

Por um lado a súmula 403 do STJ contribui para o reconhecimento da autonomia do direito à imagem em face de outros atributos da personalidade, autonomia esta já garantida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, quando garante a inviolabilidade da imagem das pessoas *ao lado* da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra. Por outro, a súmula em apreço parte do super criticado critério aventado no art. 20 do Código Civil, segundo o qual determina o vínculo entre a proteção da imagem e sua destinação comercial ou ofensa à honra.

Tem-se, assim, reforçado o raciocínio jurídico que limita as condições de exercício do direito à própria imagem às situações de publicação desautorizada da imagem da pessoa com fins abertamente econômicos, edificando a *patrimonialização da imagem*, ou nos casos em que se macula a honra do indivíduo retratado.

O cenário da patrimonialização da imagem concebe o direito à imagem estritamente como mecanismo para impedir a utilização da imagem por terceiros que pretendam dar a ela uma destinação comercial e publicitária, sem consentimento da pessoa retratada.

Em outras palavras, o direito de imagem aparece, contemporaneamente e nessa perspectiva, como simples recurso para assegurar que terceiros não auferam lucro com a imagem alheia, mediante a publicidade não consentida. Trata-se de um dever negativo que tem todos os demais indivíduos em não veicular imagem da pessoa humana para fins comerciais.

Constata-se, então, que a teorização da autonomia do direito de imagem é colocada em associação à tutela eminentemente patrimonial da representação gráfica da aparência física da pessoa humana. E nesse passo, cinge-se a imagem humana em duas roupagens, uma de valor econômico e outra de valor existencial, como se fossem elementos dissociáveis. É o que veremos, com a apresentação do

modelo dualista, cujo tipo puro desenvolveu-se originariamente nos Estados Unidos, em oposição ao modelo unitário ou monista do direito à imagem, construído no direito de tradição romano-germânico.

3.3.1 ESTRUTURA DO DIREITO À IMAGEM: CONCEPÇÕES DUALISTA E MONISTA

Em que pese as diferenças profundas entre os sistemas *common Law* e *civil Law*,²⁹¹ o modelo de proteção dos direitos personalíssimos norte-americano, nomeadamente o direito à privacidade e o direito à imagem, imprimiram decisiva influência sobre as concepções pensadas para o direito continental. O direito norte-americano engendrou significativo esquema, com base em cláusulas gerais: as situações jurídicas existenciais são postas na categoria do *right of privacy*,²⁹² enquanto as situações jurídicas da personalidade, que ensejam efeitos patrimoniais, foram colocadas na categoria do *right of publicity*. Esse modelo dualista - *right of privacy* e *right of publicity* – garantiu as bases para o reconhecimento dos aspectos patrimoniais em um direito econômico à imagem, distinguindo-se do direito da personalidade à imagem.

²⁹¹ Sobre o sistema da *Common Law*, René David asseverou: “(...) [as regras formuladas pelo legislador] só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais e quando se tornar possível, em lugar de se referirem a ela, referirem-se às decisões judiciais que as aplicaram. Quando não existe precedente, o jurista americano dirá naturalmente: ‘There is no law on the point’ (não há direito sobre a questão), mesmo se existir, aparentemente, uma disposição de lei que preveja.” DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: 2002. p. 459.

²⁹² O direito ao *privacy* é um conceito aberto e generalizante, pois abarca todos os aspectos da autodeterminação informativa do indivíduo, não havendo subdivisões ou diferenciações terminológicas como ocorre, por exemplo, na teoria das esferas. Trata-se, portanto, de um direito típico dos países da *Common Law*, cujo contorno delimitado diante do caso concreto, serve à proteção da pessoa humana e seus aspectos. Ao contrário do que o termo “privacy” sugere, o “right of privacy”, no direito anglo-saxão, possui não apenas a privacidade assegurada em seu âmbito normativo, mas todas as situações existenciais merecedoras de tutela – como a imagem –, fazendo as vezes de uma verdadeira cláusula geral. Nesse sentido, verificar WINIKES, Ralph. **A concepção de vida privada e de intimidade, enquanto direitos da personalidade, na doutrina e jurisprudência brasileiras**. 2010. 59 f. Monografia (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

Na literatura germânica, encontram-se adeptos ao pensamento dualista. Sustenta-se que o direito geral da personalidade não contempla a faculdade de aproveitamento econômico da imagem.

Partindo desse entendimento, Heitmann defendeu a construção de um *direito à utilização comercial da personalidade*, distinto do *direito geral da personalidade*, o qual serve à tutela das situações jurídicas existenciais. Em decorrência do tratamento patrimonial da personalidade, admite Heitmann a transmissibilidade da patrimonialidade da personalidade e seus efeitos sucessórios, atribuindo-se raciocínio proprietário ao aproveitamento econômico dos atributos da pessoa humana.²⁹³ De outro lado, o direito geral da personalidade protege os atributos da pessoa, sendo personalíssimo e intransmissível.

Na mesma linha, Fikentscher desenvolve o raciocínio da exploração econômica da personalidade com base em cláusulas gerais, em estrutura de “direito-quadro”, regulando situações jurídicas existenciais e situações jurídicas de aproveitamento patrimonial da personalidade, em perceptível influência do dualismo do Direito dos Estados Unidos.²⁹⁴

Por sua vez, o modelo monista admite o direito da personalidade como um direito unitário, cujo conteúdo expressa-se em seus valores existenciais e patrimoniais. Apesar de haver algumas variações entre os autores, a ideia principal dessa corrente é justamente a unidade do direito da personalidade, em absoluta rejeição ao modelo norte-americano. É a teoria adotada nos ordenamentos jurídicos continentais em geral, de tradição romano-germânico.

No direito germânico, é o modelo dominante, com a construção do direito geral de personalidade como instrumento adequado à proteção de todas as situações jurídicas da personalidade, inclusive aquelas que rendem efeitos patrimoniais. Forkel, em análise aos argumentos explanados por Fikentscher, recusa da ideia de “direito econômico da personalidade”, pois o direito geral de personalidade já é capaz de dar conta, por si só, de tutelar os interesses econômicos resultantes de algumas situações da personalidade, não sendo possível

²⁹³ *Apud* FESTAS, op. cit., p., 395.

²⁹⁴ *Apud* FESTAS, op. cit., p. 396.

dissociar em diferentes categorias de direito os valores pessoais e os valores patrimoniais.²⁹⁵

Trilhando entendimento semelhante, Magold asseverou não existir relação de excludência entre os aspectos extrapatrimoniais e os aspectos econômicos que podem ter a personalidade. Particularmente no caso do direito de imagem, Magold defende que se trata de um direito unitário de autodeterminação sobre a aparência física, que guarda conteúdo patrimonial e poderes pessoais.²⁹⁶

Essa linha de raciocínio também é aduzida com Gotting, para quem, ao criticar o “direito econômico de personalidade” proposta por Fikentscher, não se trata, na verdade, de um direito autônomo, mas sim de decorrência do direito geral da personalidade.²⁹⁷

No Brasil, embora não haja posicionamento expresso em favor da corrente monista ou em repúdio à construção dualista acerca do direito de imagem, a análise da lógica argumentativa da doutrina pátria em geral que trata do tema permite inferir a prevalência do direito unitário de imagem, acompanhando o que também é possível inferir do art. 20 do Código Civil de 2002.²⁹⁸

No entanto, é possível identificar autores brasileiros que adotam, ainda que implicitamente, o modelo dualista do direito à imagem, como é o caso de Maria Affornalli, que define o exercício patrimonial e a proteção existencial da imagem:

Enquanto o direito à intimidade visa amparar seu titular contra a intromissão em sua vida privada, o direito à própria imagem atenta para a proibição da fixação da imagem por qualquer meio apto, sua divulgação e publicação (elemento moral, extrapatrimonial) e, ainda, faculta a exploração econômica da própria imagem, nas condições estabelecidas pelo representado (elemento material, patrimonial, right of publicity).²⁹⁹

²⁹⁵ *Apud* FESTAS, op. cit., p. 402.

²⁹⁶ *Apud* FESTAS, op. cit., p. 404.

²⁹⁷ *Apud* FESTAS, op. cit., p. 404.

²⁹⁸ Cite-se por todos BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto. **Direito à própria imagem: aspectos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1989. DUVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988. SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

²⁹⁹ AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 43.

Constata-se que a presente discussão orbita em torno das concepções dualista e monista do direito de personalidade, em face da polêmica que o valor patrimonial da personalidade suscita.

Parece-nos não haver dúvida de que a imagem é atributo da personalidade que singulariza a pessoa humana, sendo, portanto, única e inestimável, o que permite concluir pela inadequação das teorias que tendem a cindir a imagem de acordo com o valor patrimonial e com o valor pessoal. Sendo a imagem inequívoco atributo da personalidade humana, o direito de imagem é espécie do gênero direito da personalidade. Implica considerar que a imagem deve ser protegida justamente pela forte carga pessoal.

Os efeitos patrimoniais do direito da personalidade à própria imagem não podem se confundir com um direito autônomo de aproveitamento econômico da imagem, como fazem alguns autores que se posicionam favoravelmente à teoria dualista.

A imagem da pessoa humana é una, devendo ser uno também a categoria de direito que a contempla. Os efeitos econômicos que decorrem do aproveitamento publicitário da imagem não são suficientes para que se conceba uma concepção dualista do direito de imagem.

Isso, pois, o valor patrimonial que possui a imagem só existe em função do seu valor existencial, ou seja, a exploração comercial da imagem só é possível se os seus valores pessoais forem respeitados.

Significa dizer que a utilização econômica da imagem, para ser lícita, deve se alinhar com os valores que permeiam os direitos da personalidade, de modo que a disponibilidade da imagem apenas pode ocorrer por prazo determinado e para o fim específico autorizado, assegurando-se, assim, o livre desenvolvimento da personalidade humana e a promoção efetiva da dignidade.

Portanto, considerando que a imagem não é autônoma em relação ao seu titular e que os valores pessoais e patrimoniais não são dissociáveis, tendo em vista que imagem não pode ser simples e livremente lançada ao comércio, a construção monista do direito de imagem impõe-se com melhor desenvoltura na defesa da

dignidade humana, não podendo permitir, como reflete Menezes Cordeiro, que a variedade de valores em jogo coloque em xeque a unidade do direito de imagem.³⁰⁰

Nesse sentido, David Festas assevera: “Não é, portanto, possível separar o aproveitamento econômico da imagem dos valores pessoais associados à imagem. (...) O aproveitamento econômico da imagem é corolário da autodeterminação da pessoa sobre a sua aparência exterior.”³⁰¹

Nas cessões de uso da imagem a título oneroso, vulgarmente denominados de “contratos de imagem”, a concepção personalista do direito à própria imagem (teoria monista) assegura o núcleo de proteção da pessoa humana, que decorre da natureza do direito da personalidade.

O consentimento para a utilização da imagem não basta, o que sugere a sua disponibilidade relativa, em congruência às imposições do direito absoluto da personalidade. Mais adequado que haja, nos instrumentos de cessão do uso da imagem, cláusula de revogabilidade. A renúncia ou disponibilidade *ad aeternum* da imagem implicaria em nulidade do pacto negocial. Nesse esteio, Cláudia Trabuco defende:

(...) no fundo, trata-se de proteger o indivíduo de si próprio e, a cada momento, assegurar que a sua vontade actual, num campo tão pessoal como os direitos referentes à personalidade humana, seja assegurada, mesmo tendo já deixado de ter qualquer correspondência com a vontade passada.³⁰²

Ressalva-se, entretanto, que o princípio da boa-fé objetiva deve se fazer presente em todas as tratativas desenvolvidas no âmbito das relações sociais. Não são diferentes, por isso, as cessões de uso.

Considerando as consequências econômicas que resultam dessas cessões, o titular do direito à própria imagem não pode se valer do argumento da irrenunciabilidade da personalidade para se desonerar dos termos anteriormente pactuados.

³⁰⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral. Pessoas.** Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Tomo III. p. 125.

³⁰¹ FESTAS, op. cit. p., 62-63.

³⁰² TRABUCO, Cláudia. Dos contratos relativos ao direito à imagem. **O Direito.** Lisboa, ano 133, n. 2, 2001. p. 445.

Caso contrário, instalar-se-ia um panorama jurídico de insegurança e desequilíbrio entre as partes, tendo em vista que uma delas poderia romper arbitrariamente as celebrações cujo objeto fosse o uso comercial da imagem.

Assim sendo, propõe-se que se faça presente nas cessões de uso da imagem, que deve ter sempre prazo de vigência determinado e não demasiadamente longo, concomitantemente à cláusula de revogabilidade, cláusula de indenização equivalente a uma cláusula penal compensatória.

3.3.2 O NÚCLEO DE EXERCÍCIO DO DIREITO À IMAGEM

Observou-se, no tópico anterior, o enfoque da doutrina sobre a questão patrimonial da imagem tão acentuado que existe até mesmo corrente doutrinária sustentando a autonomia do direito de aproveitamento econômico da imagem, teorização esta que não prosperou no Brasil, tendo a doutrina pátria perfilhado a corrente monista do direito de imagem, pelo menos em tese.

Constata-se, no cenário brasileiro, entretanto, a imagem protegida com robustez apenas em situações em que há a utilização comercial.

Apesar de ser uníssona na literatura brasileira especializada a aversão à ideia de autonomia do “direito de exploração comercial da imagem” desconectado do “direito pessoal de imagem”, tem-se que a imagem vem sendo tutelada como na lógica norte-americana do “right of publicity”, observando-se a tendência contemporânea de maximização do aproveitamento econômico da imagem.

Em outros termos, significa dizer que há um fortalecimento da proteção jurídica que se dá à imagem quando inserida em contexto de exploração econômica inequívoca, como se nota com a súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, as condições de exercício do direito de imagem ficam prejudicadas quando as circunstâncias de publicação não envolvem, ao menos explicitamente, a finalidade comercial. A fluidez desse direito aumenta na medida em que a imagem é colocada como pano de fundo de outro direito considerado, por alguns autores, preferente no ordenamento jurídico, que é o direito de informação.

O tema rende polêmica e controvérsia tanto na doutrina e jurisprudência pátria, quanto na estrangeira, mormente quando se refere às ditas “figuras públicas”

e aos indivíduos comuns que tenham protagonizado acontecimentos cujas consequências despertam o interesse público, como os desastres naturais e cenas de violência urbana. Repise-se que nesse trabalho a expressão “figura pública” compreende os políticos, artistas amplamente reconhecidos pelo público e agentes estatais com funções de alta relevância pública.

Sabe-se que a publicação da imagem é realizada, em regra, com a finalidade de informar, de entreter ou com intuito publicitário. Ocorre que nem sempre a identificação dos fins para os quais a imagem foi veiculada são claros e bem traçados, suscitando extenso debate sobre a legitimidade da sua utilização.

Na lógica do mercado contemporâneo, em que a atividade de imprensa está organizada em sistema empresarial e a informação funciona como elemento de consumo, tornou-se prática corrente na mídia a difusão da imagem ora para informar, ora para entreter o “leitor-consumidor”, confundindo-se, muitas das vezes, esses dois momentos em uma só notícia.

A hipermediatização da vida já fora percebida e criticada pelos advogados norte-americanos Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, em relevante trabalho na Harvard Law Review, sob o título *The Right to Privacy*, como vale observar na seguinte passagem da obra traduzida para o espanhol:

No existe, ciertamente, duda alguna sobre la conveniència - más bien la necesidad - de algún tipo de protección. La prensa está traspasando, em todos los ámbitos, los límites de la propiedad y de la decència. El chismorreó ha dejado de ser ocupación de gente ociosa y depravada, para convertirse em uma mercancía, busca com ahínco e, incluso, con descaro. Los más íntimos detalles de las relaciones sexuales se divulgan en las columnas de los periódicos, para satisfacción de la curiosidad lasciva. Con ei fin de entretener ai indolente, columna trás columna se llenan de chismes insustanciales, obtenidos, unicamente, mediante la intromisión en ei ámbito privado. La intensidad y la complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho necesario um cierto distanciamiento dei mundo, y ei hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han convertido em algo esencial para la persona; por ello, los nuevos modos e inventos, ai invadir su intimidad, le producen um sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros danos personales. Y ei dano originado por estas intromisiones no se limita ai sufrimiento de aquellos que pueden ser objetivo de la prensa o de

*otras actividades. En esto, como en otras ramas dei comercio, la oferta crea la demanda.*³⁰³

Considerando esse cenário, mesmo quando se trata de captação e difusão da imagem com objetivo de noticiar dada ocorrência, as publicações sempre acabam por perseguir, em maior ou menor medida, o escopo da lucratividade.

Daí a necessidade que se impõe em discutir abertamente, tanto sob a perspectiva jurídica quanto sob o viés da ética jornalista, o uso generalizado da imagem dos indivíduos, cujas práticas de captação e difusão se sustentam argumentativamente sobre o discurso da liberdade de expressão e com o fundamento legal do art. 20 do Código Civil, o que impede a divulgação da imagem ou quando utilizada para fins comerciais ou sempre que exposta em situações vexatórias, em franca associação com a honra.

Escreve a doutrina brasileira, de maneira praticamente pacífica e unívoca, a autonomia do direito à própria imagem em face dos demais atributos da personalidade humana, como já se discorreu neste trabalho.

Da análise jurisprudencial, majoritário é o entendimento de que o exercício autônomo do direito de imagem se faz presente quando possui incontroversa destinação econômica ou comercial.

Não obstante haver na sequência deste tópico debate específico sobre a exploração comercial da imagem, demonstrando também na seara jurisprudencial como o tratamento do tema se desenvolve, destacar-se-á abaixo alguns casos, que pela relevância da fundamentação, em muito contribuem para reconhecer e consolidar a proteção autônoma da imagem perante publicações que visam, notoriamente, à obtenção de benefícios econômicos. Observe-se:

DIREITO À IMAGEM. CORRETOR DE SEGUROS. NOME E FOTO. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. PROVEITO ECONÔMICO. DIREITOS PATRIMONIAL E EXTRAPATRIMONIAL. LOCUPLETAMENTO. DANO. PROVA. DESNECESSIDADE. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. INDENIZAÇÃO. QUANTUM. REDUÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA. HONORÁRIOS. CONDENAÇÃO. ART. 21, CPC. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

³⁰³ WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. **El derecho a la intimidad**. Tradução de Benigno Pendas e Pilar Baselga. Madrid: Civitas, 1995. p. 26-27.

I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. II - A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização. (...)
(REsp 267.529/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA)³⁰⁴

Percebe-se, neste julgado, a aproximação com o modelo dualista, na medida em que se estabelece o reconhecimento a separação das esferas patrimonial e existencial do direito à imagem. Sobre essa base, a decisão verifica a ofensa do direito à imagem, não apenas porque houve a utilização do retrato sem autorização, mas sim, por conta de o ofensor ter-se valido de imagem alheia com o fim de locupletamento ilícito. Veja-se outro caso que percorre o mesmo raciocínio:

Cuidando-se de direito à imagem, o ressarcimento se impõe pela só constatação de ter havido a utilização sem a devida autorização. O dano está na utilização indevida para fins lucrativos, não cabendo a demonstração do prejuízo material ou moral. O dano, neste caso, é a própria utilização para que a parte aufera lucro com a imagem não autorizada de outra pessoa. (REsp 711.644/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 03/08/2010)³⁰⁵

No caso abaixo, observa-se a prevalência do direito à imagem sobre o direito de informar, tendo em vista que a matéria sugeria uma finalidade econômica, não predominando o caráter informativo do que fora veiculado. Verifica-se, então, a imagem protegida em função do uso não autorizado pelo retratado em matérias cujo escopo eminente seja o da lucratividade.

Logo, ainda que a matéria difundida na revista tenha se referido ao indivíduo no exercício da sua atividade profissional, concluiu-se pela violação do direito à

³⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº267.529-RJ (2000/0071809-2). Recorrente: Icatu Hartford Seguros S/A. Recorrido: Genivaldo de Oliveira Lins. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 3 de outubro de 2000. Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=1542733&nreg=200000718092&dt=20001218&formato=PDF>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

³⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 711.644-SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 15 de dezembro de 2009. Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21978624/8600706-pr-860070-6-acordao-tjpr/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

imagem, pois ficou evidenciado, inclusive pela própria natureza da revista, o objetivo comercial da exploração do retrato. Confira-se:

No presente caso, a apelante utilizou imagem da apelada quando profissional de escalada, na Revista Boa Forma, sem a obtenção de qualquer autorização para uso da referida imagem. Desta forma, não há que se falar que a imagem utilizada da apelada apenas teve cunho informativo ou um contexto jornalístico, vez que a fotografia no ensejo da matéria visava um fim comercial, e assim, devida a indenização por danos morais.³⁰⁶

O caso a seguir também merece apontamentos:

RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. EXISTÊNCIA DO ILÍCITO, COMPROVAÇÃO DO DANO E OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. PESSOA PÚBLICA. ARTISTA DE TELEVISÃO. LIMITAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E CUSTAS PROCESSUAIS. REPARTIÇÃO. [...] - Por ser ator de televisão que participou de inúmeras novelas (pessoa pública e/ou notória) e estar em local aberto (estacionamento de veículos), o recorrido possui direito de imagem mais restrito, mas não afastado; - Na espécie, restou caracterizada a abusividade do uso da imagem do recorrido na reportagem, realizado com nítido propósito de incrementar as vendas da publicação; - A simples publicação da revista atinge a imagem do recorrido, artista conhecido, até porque a fotografia o retrata beijando mulher que não era sua cônjuge; [...] Recurso especial não conhecido. (REsp n. 1.082.878/RJ, 3ª Turma, unânime, DJe 18/11/2008).³⁰⁷

No julgado transcrito *supra*, constata-se que mesmo tendo sido assegurado o direito à imagem, as premissas nas quais se pautou a decisão são, em parte, equivocadas. Atribui a qualidade de “pública” ao autor da demanda, para, na sequência, justificar que, por isso, tem ela um âmbito de proteção reduzido. Não

³⁰⁶ PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 860.070-6 PR, da 12ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba (860070-6). Apelante 1: Editora Abril S/A. Apelante 2: Vanessa Valentim. Apelados: Os mesmos. Relator: Desembargador José Laurindo de Souza Netto. Curitiba, 28 de junho de 2012. Disponível em:< <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21978624/8600706-pr-860070-6-acordao-tjpr/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

³⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.082.878-RJ (2008/0187567-8). Recorrente: Editora Globo S/A. Recorrido: Marcos Fábio Prudente. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 14 de outubro de 2008. Disponível em:<

fosse somente isso, a decisão também se vale da premissa do “local aberto” para justificar a diminuição do núcleo desse direito. A decisão asseverou ter garantido o direito à imagem no presente caso, pois, “apesar de ser pessoa pública”, teve seu retrato capturado em momento íntimo e destinado para incrementar a venda. Observa-se, com isso, mais uma confusão do julgador, ao considerar que houve ofensa à imagem quando houve difusão de fotografia cujo conteúdo demonstrava o indivíduo casado beijando outra mulher, pois, nesse caso, estaria em jogo o direito à privacidade e o direito à honra.

Confira-se, na ementa abaixo, a aplicação da súmula n.º 403 do Superior Tribunal de Justiça, em mais um caso de afirmação, em tese, da autonomia do direito à imagem, mas que, na prática, seu exercício está condicionado ao uso comercial não consentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. USO INDEVIDO DA IMAGEM. REVISTA DE GRANDE CIRCULAÇÃO. FIM COMERCIAL. SÚMULA N.º 403/STJ. PESSOA PÚBLICA. LIMITAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. 1. "Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais" (Súmula 403/STJ). 2. Mesmo quando se trata de pessoa pública, caracterizado o abuso do uso da imagem, que foi utilizada com fim comercial, subsiste o dever de indenizar. Precedente. 3. Valor da indenização por dano moral e patrimonial proporcional ao dano sofrido e ao valor supostamente auferido com a divulgação da imagem. Desnecessidade de intervenção desta Superior Corte. 4. Agravo a que se nega provimento (AgRg no Agravo de Instrumento nº- SP 2010/0156474-2, 4ª Turma, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 13/03/2012).³⁰⁸

Em que pese haver decisões que consideram a autonomia plena do direito de imagem, sem limitar a efetividade do exercício desse direito ao fim econômico propugnado, é possível afirmar com segurança, de acordo com a pesquisa

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6079745/recurso-especial-resp-1082878-rj-2008-0187567-8-stj>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

³⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.345.989 SP (2010/0156474-2). Agravante: Editora Caras S/A. Agravado: Francisco de Assis Pinheiro e outros. Relatora: Ministra Maria Isabel Galloti. Brasília, 13 de março de 2012. Disponível em:< <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21435169/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1345989-sp-2010-0156474-2-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

jurisprudencial ora realizada e transcrita por amostragem neste espaço, que a tutela do retrato da pessoa humana, com fundamento na teorização da autonomia do atributo em questão, depende, ao sentir da maioria dos julgadores, do objetivo da publicação, em observância ao contido na súmula 403 do STJ.

Se notório o fim econômico, aplica-se o direito – autônomo – à própria imagem; caso contrário, tem-se protegida a imagem em plano secundário, ou seja, apenas se restar ofendido outro atributo personalíssimo, como a honra, nos termos do art. 20 do Código Civil, ou a privacidade, nos termos do entendimento de parcela significativa da jurisprudência brasileira, o que será comprovado na sequência deste tópico.

Demonstrada e discutida a aplicação da teoria da autonomia do direito de imagem nos casos de divulgação com indiscutível fim econômico, impende registrar o posicionamento dos tribunais quando da utilização da imagem sem o notório objetivo comercial. Em outras palavras, expor-se-á o entendimento jurisprudencial em hipóteses de uso da imagem com escopo primeiro de informar ou em situações nas quais a fronteira entre as finalidades de entreter/auferir vantagem econômica e de informar são turvas, o que dificulta e confunde o intérprete da lei na solução coerente de casos da espécie.

Verificar-se-á, na maioria das decisões judiciais, a aplicação servil do que prescreve o art. 20 do Código Civil, em infeliz contradição com o art. 5º, inciso X da Constituição Federal e com a consagrada e repisada – nas doutrinas pátria e estrangeira – teorização da autonomia do direito à própria imagem.

Vale dizer, quando a exploração da imagem não persegue, em tons evidentes, o lucro, o juízo busca, para a solução do litígio, verificar se houve exposição vexatória que tenha atingido a honra ou se houve a invasão do âmbito privado do seu titular.

Nesses casos, tem-se, portanto, a proteção da honra e/ou da privacidade, e não da imagem, a qual resta tutelada somente em segundo nível, já que a sua tutela depende, antes, da proteção jurídica que se dá àqueles outros atributos da personalidade. É o que veremos em alguns julgados selecionados:

com revista especializada. Dano moral. Configuração. - É possível a concretização do dano moral independentemente da conotação média de moral, posto que a honra subjetiva tem termômetro próprio inerente a cada indivíduo. É o decoro, é o sentimento de auto-estima, de avaliação própria que possuem valoração individual, não se podendo negar esta dor de acordo com sentimentos alheios.

- Tem o condão de violar o decoro, a exibição de imagem nua em publicação diversa daquela com quem se contratou, acarretando alcance também diverso, quando a vontade da pessoa que teve sua imagem exposta era a de exibi-la em ensaio fotográfico publicado em revista especializada, destinada a público seletivo.

- A publicação desautorizada de imagem exclusivamente destinada a certa revista, em veículo diverso do pretendido, atinge a honorabilidade da pessoa exposta, na medida em que experimenta o vexame de descumprir contrato em que se obrigou à exclusividade das fotos.

- A publicação de imagem sem a exclusividade necessária ou em produto jornalístico que não é próprio para o contexto, acarreta a depreciação da imagem e, em razão de tal depreciação, a proprietária da imagem experimenta dor e sofrimento. (GRIFOU-SE)

(REsp nº 270.730-RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, STJ, julgado em 19.12.2000)³⁰⁹

Observe-se, no julgado acima, célebre "caso Maitê Proença", que o tratamento do direito à imagem foi considerado como capítulo do direito à honra, tendo havido a tutela do retrato sob o argumento de que a publicação não autorizada em revista expõe seu titular ao vexame, atingindo a honorabilidade subjetiva. Estabelece, ainda, o julgado, relação proprietária entre a imagem e o retratado. Desse modo, adota-se, nessa decisão, ainda que maneira tácita, o o raciocínio do modelo dualista do direito à imagem, ou seja, promove-se o reconhecimento, por um lado, de um direito proprietário à imagem, que se impõe quando houver a exploração econômica do retrato, e, por outro, de um direito da personalidade à imagem, sendo este direito protegido sempre que verificada a ofensa à honra ou à privacidade.

A fluidez no âmbito normativo do direito à imagem, constatada pela análise da jurisprudência, é marcante. No caso abaixo, partindo da premissa que mais tarde deu ensejo à elaboração da súmula n.º 403 do STJ - reconhecimento do direito autônomo à imagem, sempre que for ela utilizada, sem autorização, com intuito de

³⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 270.730-RJ (2000/0078399-4). Recorrente: Maitê Proença Gallo. Recorrido: S/A Editora Tribuna da Imprensa. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 19 de dezembro de 2000. Disponível em:<

lucratividade por terceiros -, o julgado considerou por não restar evidenciada a utilização de imagem alheia com objetivo comercial e, assim sendo, não acolheu o argumento de violação do direito à imagem, a qual foi retirada de imagens congeladas de televisão e publicada em revista de grande circulação.

Perdeu o tribunal a oportunidade de garantir a efetividade do direito à imagem, sempre que utilizada por terceiros, sem consentimento do retratado, independentemente da sua destinação comercial. Observe-se:

Direito à imagem. Publicação de suas fotografias de conhecida atriz, com seios desnudos, em revista de grande circulação. Danos materiais e morais reclamados. Fotografias sem qualquer apelo erótico, dada à falta de nitidez das mesmas, uma vez que foram tiradas de imagens de televisão congeladas, que apenas ilustraram o artigo sobre seriado levado ao ar. Revista semanal que, a par de publicar reportagens e entrevistas diversas, possui seções dedicadas a comentários sobre artes, literatura e lazes, não se inserindo no que publica qualquer chamamento ao erotismo. **Intuito de lucro, com o aumento da vendagem de exemplares e o incremento de anunciantes, que não se vislumbra, não havendo na capa da revista ou no seu índice qualquer indicação quanto ao nome da atriz e as fotos.** Imagens do conhecimento público, amplamente divulgadas pela televisão. **Direito à preservação da imagem e da privacidade que não resultou ofendido.** Improcedência do pedido inicial. Elevação da verba honorária, em atenção ao que dispõem os parágrafos 3º e 4º do art. 20 do CPC. (GRIFOU-SE) (Apelação Cível nº 11.027/2004, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Fabrício Paulo B. Bandeira Filho, TJ-RJ, julgado em 26.05.2004)

No julgado a seguir citado, verificar-se-á no emblemático "caso Daniela Winits" o reconhecimento do direito à imagem pelo Superior Tribunal de Justiça, em caso de artista que teve imagens original e legitimamente veiculadas em televisão, em virtude de sua profissão, deslocadas, sem autorização, para determinada revista:

RESPONSABILIDADE CIVIL. IMAGENS DE ATRIZ DE DORSO FRONTAL DESNUDO, ORIGINALMENTE LEVADAS AO AR EM MÍDIA TELEVISIVA, PUBLICADAS EM REVISTA DE GRANDE CIRCULAÇÃO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. USO INDEVIDO DE IMAGEM. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS.

1. No caso em julgamento, a revista, ao publicar as imagens da atriz, com dorso frontal desnudo, em meio absolutamente diferenciado daquele inicialmente concebido para o trabalho artístico, causou dano à autora. **Isso porque a veiculação de imagens desse jaez,**

https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200000783994&dt_publicacao=07/05/2001>. Acesso em: 24 dez. 2012.

em ambientes diversos dos recônditos em que normalmente transitam publicações de cunho sensual, possui a virtualidade de causar, na pessoa retratada, ofensa à sua honra subjetiva, em razão da circulação de sua imagem - até então destinada a certo trabalho artístico - em local diverso daquele contratado e autorizado.

2. Ademais, as imagens publicadas em mídia televisiva são exibidas durante fração de segundos, em horário restrito e em um contexto peculiarmente criado para aquela obra, bem diverso do que ocorre com a captura de uma cena e sua publicação em meio de comunicação impresso, o qual, pela sua própria natureza, possui a potencialidade de perpetuar a exposição e, por consequência, o constrangimento experimentado.

3. Vencido o relator, em parte, pois concedia indenização mais ampla (Súmula 403), a ser arbitrada em liquidação.

4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (GRIFOU-SE)

(Resp nº 1.200.482-RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, STJ, julgado em 09.11.2010)³¹⁰

Não reconhecido, por esse tribunal, o escopo comercial da matéria e retrato difundidos na revista, o direito à imagem da atriz foi assegurado com base no entendimento de que houve ofensa à moral, abalando sua honra subjetiva. Com fundamentação similar, observa-se o julgado abaixo:

CIVIL. APELAÇÕES CÍVEIS. INDENIZAÇÃO. DANOS À IMAGEM. PUBLICAÇÃO NÃO AUTORIZADA EM REVISTA CONTENDO FOTOGRAFIA DA AUTORA/APELANTE EM REPORTAGEM DE CUNHO DESONROSO. VIOLAÇÃO À IMAGEM. CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL. MAJORAÇÃO DO 'QUANTUM' INDENIZATÓRIO. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELA EDITORA ABRIL E PROVIMENTO AO APELO INTERPOSTO POR VALÉRIA CRISTINA ALVES BEZERRA.

- Comprovada a ilicitude na conduta da demandada ao publicar matéria contendo foto da demandante sem sua autorização, ademais quando associada à matéria de cunho desonroso, indecoroso e ofensivo;

- Presentes os pressupostos da obrigação de indenizar, não merece reforma a sentença que julgou procedente o pleito indenizatório, decorrente da publicação indevida de foto em revista de circulação nacional.

³¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.200.482-RJ (2010/0113117-0). Recorrente: Danielle Winitskowski de Azevedo. Recorrido: Grupo de Comunicações Três S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 09 de novembro de 2010. Disponível em:<

https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2010/0113117-0&data=7/2/2011>. Acesso em: 24 dez. 2012.

- Para a fixação do valor da indenização deve-se levar em consideração as circunstâncias do evento, o nível sócio-econômico da pessoa lesada e o porte da empresa causadora do dano. (GRIFOU-SE)³¹¹

No caso abaixo, o direito à imagem é confundido com o direito à privacidade. Como se percebe, a imagem que não for utilizada com claro fim econômico, não tem, segundo entendimento da jurisprudência, a qualidade de direito autônomo, submetendo-se ora ao direito à privacidade, ora ao direito à honra. Leia-se dois julgados nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. IMAGEM. USO INDEVIDO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO.

1. Ingerência na vida privada, sem a devida autorização da pessoa, consiste em violar direito de privacidade.

2. Cabe indenização por dano moral pelo uso indevido da imagem que, por se tratar de direito personalíssimo que garante ao indivíduo a prerrogativa de objetar sua exposição, no que se refere à sua privacidade.

3. Recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro provido e recurso especial de Daniel Faria Loureiro parcialmente provido. (GRIFOU-SE) (REsp 440.150/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 06/06/2005 p. 250)³¹²

CONSTITUCIONAL. DANO MORAL: FOTOGRAFIA: PUBLICAÇÃO NÃO CONSENTIDA: INDENIZAÇÃO: CUMULAÇÃO COM O DANO MATERIAL: POSSIBILIDADE. Constituição Federal, art. 5º, X. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, **a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse**

³¹¹ Acórdão TJ-RN, contido em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.024.276-RN (2008/0014507-0). Recorrente: Editora Abril S/A. Recorrido: Valéria Cristina Alvez Bezerra. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 17 de setembro de 2009. Disponível

em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&seque ncial=912205&num_registro=200800145070&data=20091022&formato=PDF>. Acesso em: 24 dez. 2012.

³¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 440.150-RJ (2002/0060956-7). Recorrentes: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Daniel Faria Loureiro. Recorrido: Município do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Brasília, 19 de abril de 2005. Disponível em:<http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STJ/IT/RESP_440150_RJ_19.04.2005.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2012.

aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X. II. R.E. conhecido e provido. (GRIFOU-SE) (RE n.º 215.984-RJ, Rel. Ministro Carlos Velloso, STF)³¹³

No caso *infra*, um programa televisivo de entretenimento valeu-se da imagem de banhista para expô-la como objeto de animação, sem sua autorização. No caso em questão, houve evidente violação ao direito à honra, devido ao tratamento desrespeitoso a que a mulher foi submetida.

Verifica-se, não obstante o reconhecimento dos danos morais, equívoco do julgado no que concerne aos limites entre os atributos da personalidade, colocando-os dentro da categoria da cláusula geral da dignidade. Em que pese o dispositivo desse julgado ter satisfeito a proteção da pessoa humana, o tratamento carecedor de critérios para definir o âmbito normativo de cada um dos aspectos personalíssimos implica o enfraquecimento da autonomia dos direitos especiais da personalidade, em especial o direito à imagem. Confira-se o caso comentado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

PROGRAMA “PÂNICO NA TV”. EXPOSIÇÃO DA IMAGEM DA AUTORA DE FORMA DESRESPEITOSA E SEM AUTORIZAÇÃO. VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE QUE MERECE EXEMPLAR REPRIMENDA. IMPROVIMENTO AO PRIMEIRO E PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO (ADESIVO), PARA ELEVAR O VALOR DA CONDENAÇÃO.

I – Não existe mulher feia! A mulher é bela pelo simples fato de ser mulher. Assim, a forma desrespeitosa com que foi exibida a imagem da autora, sem permissão, em traje de banho, com óculos escuros, na praia de Ipanema, sentada em uma cadeira, e em paralelo animação com pequeno dragão e a propagação da música “Lua de São Jorge”, atenta contra sua dignidade, agride a sua privacidade e merece exemplar reprimenda;

II – Nas lições do eminente professor e desembargador SERGIO CAVALIERI FILHO, “nenhum direito é absoluto e ilimitado; todos devem se compatibilizar com o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual a inviolabilidade da privacidade é o seu último refúgio. Sem privacidade não haverá dignidade. Em hipótese alguma o homem pode ser utilizado como simples meio para a consecução de uma finalidade, ainda que justa. A inviolabilidade

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 215.984-1 RJ. Recorrente: Cássia Kis. Recorrido: Ediouro S/A. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 04 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RE_215984_RJ%20_04.06.2002.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2012.

da privacidade, consagrada no inciso X do art.5º da Constituição Federal, é o limite extremo da liberdade de expressão e de informação. O abuso porventura ocorrido no exercício do direito de expressão ou de informação é passível de apreciação pelo Poder Judiciário, preventivo ou repressivo, e, neste último caso, com a conseqüente responsabilidade civil e penal dos seus autores”;
III – Soma-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na indenização pelo dano moral, os aspectos pedagógicos, o ideal de, através de indenizações elevadas, se evitar a repetição do ato danoso, quer em relação ao autor, quer em relação a terceiros;
IV – Improvimento ao primeiro, acolhendo-se o segundo recurso (adesivo), para elevar a verba indenizatória. (GRIFOU-SE)
(Apelação Cível n.º 2009.001.32419, Rel. Des. Ademir Paulo Pimentel, TJ-RJ, julgado em 30.09.2009)³¹⁴

Verifica-se, na decisão abaixo, a síntese do entendimento do Superior Tribunal de Justiça no que se refere ao direito à imagem. Na verdade, o que se observa não é a aplicação da autonomia do direito à imagem. Ao contrário, a proteção da imagem ocorre sempre que imagem alheia for utilizada, sem a vontade do titular, para fins econômicos, ou nas situações em que houver ofensa à honra ou à privacidade, como se depreende do julgado abaixo:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. FOTOGRAFIAS USADAS EM PUBLICAÇÃO. PARTICULARIDADES EVIDENCIADAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTETÓRIO. SÚMULA N. 98/STJ.

1. A divulgação de fotografia sem autorização não gera por si só o dever de indenizar. Para a caracterização do dever de indenizar é necessário analisar as peculiaridades de cada hipótese.

2. É inviável a aplicação da multa de que trata o parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil se os embargos declaratórios foram opostos com o manifesto intento de prequestionar a matéria deduzida no apelo especial, e não com o propósito de procrastinar o feito. Aplicação da Súmula n. 98/STJ.

3. Recurso especial provido. (...)

A exposição da imagem do recorrido em cartazes e *folders* serviu apenas para divulgar os jogos universitários da faculdade para a qual o recorrido trabalhava. Nesse contexto, **constato que não houve dano algum à integridade física ou moral, pois a recorrente não utilizou a imagem do recorrido em situação vexatória, nem**

³¹⁴ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 2009.001.32419. Apelantes: TV Ômega Ltda e Rafaela Castro Almeida. Apelados: Os mesmos. Relator: Desembargador Ademir Paulo Pimentel. Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2009. Disponível em:<http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev2/files/JUS2/TJRJ/IT/APL_1726864920078190001_RJ_1259853079212.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2012

tampouco para fins econômicos. Desse modo, não há por que falar no dever de indenizar. (GRIFOU-SE)

(REsp n.º 803.129-RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, STJ, julgado em 29.09.2009.)³¹⁵

Colaciona-se, aqui, mais um recente julgado de deslocamento da proteção jurídica do direito à imagem para o âmbito normativo do direito à honra:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.POR USO INDEVIDO DA IMAGEM DA AUTORA EM SÍTIO DA INTERNET. FOTOGRAFIA. INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL. **Em que pese não tenha sido autorizada a utilização da imagem da autora, para a configuração do dano moral indenizável não basta a publicação indevida da imagem. O uso indevido da imagem alheia ensejará dano moral "se a imagem foi utilizada de forma humilhante, vexatória, desrespeitosa, resultando dor, vergonha e sofrimento ao seu titular".** O anúncio em questão não tem conteúdo vexatório, humilhante ou depreciativo, não havendo ofensa moral à demandante. Entendimento do STJ. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70040809709, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 28/04/2011)³¹⁶ (GRIFOU-SE)

Salta aos olhos o fato de que alguns dos julgados acima, em que não se vislumbra nítida destinação econômica da imagem, consistiram em precedentes para a edição da súmula 403 do STJ.³¹⁷ Apesar de a autonomia do direito de imagem ser sustentada nos tribunais, pelo menos nos casos em que houver fins comerciais ou econômicos, a ponto de ter culminado na elaboração da referida súmula, outra é a percepção que se tem da análise da argumentação de muitos dos votos sobre os quais nos debruçamos.

³¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 803.129-RS (2005/0204997-5). Recorrente: Universidade do Vale do Rio dos Sinos Unisinos. Recorrido: Dagoberto Roveli Silva dos Santos. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 29 de setembro de 2009. Disponível em:< <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6028309/recurso-especial-resp-803129-rs-2005-0204997-5-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

³¹⁶ RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 70040809709. Apelante: Ana Carolina Prado. Apelado: Unilever Bestfoods Brasil Ltda. Relator: Desembargador Túlio de Oliveira Martins. Porto Alegre, 28 de abril de 2011. Disponível em:< <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19289242/apelacao-civel-ac-70040809709-rs-tjrs/inteiro-teor>>. Acesso em: 26 dez. 2012.

³¹⁷ DIREITO à imagem: um direito essencial à pessoa. **Notícias/STJ**. Brasília, 03 abr. 2011. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101305>. Acesso em: 24 dez. 2012..

Constatou-se uma variedade de critérios incoerentes entre si para a tutela da imagem no Judiciário, que mesmo nas hipóteses de destinação econômica da imagem, condiciona o exercício desse direito, muitas das vezes, à sua colocação em circunstâncias constrangedoras, em decorrência da ofensa à honra ou à privacidade, configurando um cenário confuso no que concerne aos parâmetros de exercício do direito de imagem.

É o que ocorreu notadamente no Superior Tribunal de Justiça com o “caso Maitê Proença”, o “caso Danielle Winits” e demais ementas citadas, nas quais a indenização pelo uso não autorizado da imagem foi reconhecida, porém sob o fundamento de que houve constrangimento, ofensa à honra ou à privacidade.

Como dito e também demonstrado pelas decisões *supra* mencionadas, melhor sorte não cabe ao uso da imagem em matérias sem qualquer intuito comercial na sua divulgação. Nesses casos, é ainda mais comum na prática judicial estabelecer a submissão da imagem a um bem considerado maior, que é a honra e a privacidade. Registra-se, assim, a dificuldade que têm os tribunais brasileiros em admitir, sem impasses, a teoria do direito autônomo à própria imagem.

Na linha de argumentação que a doutrina pátria mais recente vem construindo, a divulgação da imagem alheia sem autorização pode ensejar responsabilização também quando não houver finalidade comercial, nem violar a honra ou a privacidade. Nesse passo, alguns precedentes são exemplares, como é o “caso Jesus”, decidido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o qual se passa a comentar.³¹⁸

Sebastião de Jesus é um morador de rua e, por isso, sua presença constante nas ruas de Lages o tornou amplamente reconhecido nesse município de médio porte, no interior do Estado de Santa Catarina.

Em campanha eleitoral, panfletos foram elaborados associando-se a imagem de Jesus aos seguintes dizeres: “Você vai deixar que Lages continue assim?” Inconformado, o rapaz ajuizou ação de indenização decorrente de uso não autorizado de sua imagem. Claro estava que não havia exploração comercial daquela imagem, até porque a propaganda eleitoral se realiza com a distribuição gratuita de folhetos.

O objetivo central da utilização da imagem de Jesus evidencia-se na obtenção de votos, na medida em que se estabelece relação intrínseca entre o seu retrato e a proposta de determinado político em solucionar problemas sociais daquela localidade, como é o caso dos moradores de rua.

Reformada a sentença, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina julgou procedente a pretensão de Sebastião de Jesus, concedendo-lhe indenização no importe de vinte mil reais. “Conclui-se que o uso da foto, sem autorização de Jesus, ofendia o direito à imagem, expressão autônoma da personalidade humana.”³¹⁹ Com o mesmo raciocínio acertado de proteção à pessoa humana mediante a garantia de livre exercício do direito de imagem, apresenta-se o seguinte julgado cujo entendimento ainda expressa fração minoritária dos tribunais:

DANO À IMAGEM Veiculação indevida de fotografia do autor, menor impúbere, sem autorização expressa **Irrelevante o fato de a imagem não ter sido usada para fins comerciais, mas sim para propaganda político-partidária Dever de indenizar pelos prejuízos extrapatrimoniais causados.** Critérios de fixação dos danos morais Funções compensatória e exemplar Ausência de comprovação dos danos materiais alegados Recurso parcialmente provido. (GRIFOU-SE) (Apelação Cível n.º 9250729-15.2008.8.26.0000, Rel. Francisco Loureiro, TJ-SP, julgado em 01.03.2012)³²⁰

Observa-se, então, que o exercício do direito de imagem pode igualmente ser considerado nas circunstâncias cujos fins sejam institucionais e gratuitos, se ausente a autorização da retratado, prescindindo-se dos indevidos requisitos restritivos da tutela constitucional da imagem prescritos no art. 20 do Código Civil, quais sejam o “dano à honra” e “os fins comerciais”. “Por exemplo, se a imagem de certa pessoa é veiculada, sem sua autorização, em material promocional de

³¹⁸ TJSC, Apelação Cível 2002.021.552-5, Rel. Des. Newton Janke, 17.07.2008 *apud* SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 103-104.

³¹⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 104.

³²⁰ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 9250729-15.2008.8.26.0000. Apelante: Lucas de França Jesus. Apelado: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e outra. Relator: Francisco Loureiro. São Paulo, 01 de março de 2012. Disponível em:< http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/TJSP/IT/APL_9250729152008826_SP_1331034093412.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2012.

instituição beneficente, de partido político ou de entidade religiosa, nem por isso deixa de existir violação ao direito de imagem.”³²¹

3.3.3 A EXPLORAÇÃO COMERCIAL DA IMAGEM

Muito se tem discutido na jurisprudência nacional sobre o pleito indenizatório a título de danos materiais em função do uso desautorizado da imagem para fins publicitários. O entendimento pela procedência desse pedido tem sido encarado pelos tribunais com certa resistência e avançam timidamente as condenações desse teor, ainda sem padronização.

Comumente, a indenização pelo uso da imagem sem consentimento do retratado possui natureza pacífica de dano moral. Ocorre que com a exploração econômica cada vez mais intensa e constante que se faz da imagem, desenvolvem-se raciocínios jurídicos a partir dos quais se almeja dar conta desse novo cenário.

Não são raros os casos de utilização da imagem alheia com o intuito marcante de auferir lucro, seja contextualizando o retrato em anúncio de produtos, seja inserindo-o em jornal, sem qualquer associação com matéria jornalística, com estrita finalidade de expandir o mercado e satisfazer os desejos vorazes do “consumidor-leitor”.

Igualmente ilícitas são as práticas midiáticas em que se colocam em evidência indevida modelos e atrizes, que, tendo firmado cessão onerosa da imagem a determinado veículo de comunicação por certo lapso temporal, surpreendem-se com nova publicação da imagem, em outro momento e contexto, ou quando a avença anterior já se extinguiu.

Nesses casos em que a pessoa expõe profissional e comercialmente sua própria imagem, impõe-se ao veículo de imprensa que a publicou de maneira aleatória, apenas com intuito de incrementar as vendas, o dever de indenizar a título de danos materiais, haja vista o retratado não ter percebido seus honorários para tanto. Sem contar que o impacto patrimonial do dano pode ser ainda maior quando o retratado já possui vínculo jurídico em vigência para a exploração comercial de sua imagem, com cláusula de exclusividade.

³²¹ SCHREIBER, Anderson, op. cit. p. 104.

Nessa hipótese, além da publicação indevida ocorrer sem autorização do retratado, rendendo-lhe ressarcimento por danos materiais, necessário considerar a afetação dos direitos patrimoniais daquele com quem o indivíduo já estabeleceria vínculo jurídico.

A situação é bastante clara: se o indivíduo se vale profissionalmente da sua imagem, na condição de modelo, artista ou atividade similar, razoável que a exploração econômica do seu retrato seja formalizada, inclusive para fins de segurança jurídica, mediante cessão remunerada da imagem.

Não se mostra justo, nem lícito que espertalhões da atividade empresarial da mídia se valham, quando muito, de imagens de indivíduos com quem em algum momento pretérito firmou-se avença. Isso, pois, mesmo quando tenha havido regular cessão da imagem alheia, não tem a empresa de comunicação e entretenimento o direito eterno ao uso desse retrato. Vale conferir julgado perfilhando esse entendimento:

Apelação cível. Responsabilidade civil. Contrato de uso de imagem em campanha publicitária. Alegação de utilização indevida de imagem por período superior ao contratado. Danos materiais e morais. Pedido de majoração. Parcial acolhimento, apenas no tocante aos danos morais. Mantido o valor fixado à título de danos materiais. apelo parcialmente provido. (Apelação Cível Nº 70037275252, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 30/11/2011)³²²

Como já fora explicado, a cessão da imagem observa alguns limites, não podendo haver dúvida quanto ao prazo, o qual deve ser determinado, e quanto aos espaços em que será publicada. O fato de o retratado ter celebrado acordo para a utilização comercial da sua imagem não significa que tenha renunciado a ela, isto é, ele não está obrigado a suportar novas publicações, após exaurido o prazo negociado ou que excedam os limites de publicação previamente acordados.

³²² RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 70037275252. Apelante: Rielle Dutra Barreto. Apelado: Dakota Nordeste S.A. Relator: Desembargador Roberto Carvalho Fraga. Porto Alegre, 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70037275252&num_processo=70037275252&codEmenta=4478713>. Acesso em: 26 dez. 2012.

Nesse sentido, leciona Carlos Alberto Bittar, para quem a imagem alheia somente pode ser objeto de cessão de direitos quando:

a) o fotógrafo esteja autorizado a fazer a foto; e b) que, para qualquer utilização econômica, seja celebrado o contrato adequado, com as formalidades legais e com as especificações exigidas: indicação e qualificação das partes; indicação do objeto e indicação dos fins. Não servem, para tanto, contratos genéricos, como também não valem autorizações simplistas: o contrato deve especificar a obra que está sendo utilizada e as condições todas do aproveitamento: preço, fim, prazo, e assim por diante.³²³

Nessa linha, a doutrina brasileira é categórica:

(...) a falta de consentimento para a divulgação da imagem, o merchandising sem autorização, o desrespeito dos limites acordados entre as partes são formas de violação do direito à imagem. Podemos acrescentar, ainda, o simples fato da usurpação do poder de exclusividade que cabe à pessoa, com relação à sua imagem, mesmo diante da não caracterização de consequências danosas.³²⁴

René Ariel Dotti, citando a narração de Raymond Lindon, traz um interessante caso concernente à utilização da imagem alheia, autorizada em determinada circunstância e que passa a ser indevida por causa da sua republicação em outro contexto:

(...) morador de Morbilar havia concordado em se deixar fotografar com a família, pelo operador de uma agência de notícias que tencionava abordar um tema sobre as famílias da França. Todavia, por ocasião das eleições legislativas de 1972, teve a surpresa de ver que o clichê servia para ilustrar cartazes de propaganda do Partido Comunista Francês (...)³²⁵

Ainda valendo-se de exemplos no Direito Comparado, apresenta-se o caso lembrado por Milton Fernandes, no qual a modelo profissional Mary Jane Russel, nos EUA, posou em uma cama ao lado de um rapaz, ambos lendo um livro educativo; um fabricante de roupas remontou a fotografia de Mary, dessa vez em

³²³ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor na obra fotográfica. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 77, n. 275, p. 95-102, (jul.-set.) 1981. p. 95.

³²⁴ DIAS, op. cit. p. 143.

³²⁵ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 190.

companhia de um idoso que lia um exemplar do livro “Roupas fazem o homem”.³²⁶

David Araújo também comenta a temática em pauta, afirmando:

(...) [nota-se] com freqüência, violação da imagem em programas de televisão [em revistas, em jornais, na internet, anúncios de produtos etc.], que toma determinadas poses (...) de políticos famosos ou personalidades artísticas, colocando-as em outro contexto, como se estivessem (...) se enquadrando na situação proposta pelo apresentador-narrador. (...) O contexto é distorcido, ferindo a identidade circunstancial da imagem.³²⁷

Cumpre afirmar que a condenação por danos materiais não prejudica o pedido de indenização referente aos danos morais. Como o direito de imagem se apresenta enquanto direito unitário, não há que se falar em dissociação do “direito de exploração econômica da imagem” e “direito pessoal à imagem”. A opção pelo modelo monista do direito à própria imagem é pacífica na doutrina e jurisprudência pátrias, mesmo que isso não seja expresso. Observe-se o que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu e tem reiterado:

(...) o direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização. O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem (...). (GRIFOU-SE) (Resp 267529/RJ, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).³²⁸

Assim, como se verá mais adiante de modo mais minucioso, sempre que houver a publicação não autorizada da imagem, há que se considerar praticado o dano moral, ou melhor, valendo-se de terminologia mais apurada com o fim de evitar confusões entre conceitos, pode considerar o dano extrapatrimonial objetivo.

³²⁶ DUVAL, op. cit. p.45.

³²⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David de. **A proteção constitucional da própria imagem**. São Paulo: Del Rey, 1996. p.86.

³²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 267.529-RJ (2000/0071809-2). Recorrente: Icatu Hartford Seguros S/A. Recorrido: Genivaldo de Oliveira Lins. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 03 de outubro de 2000. Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=1542733&nreg=200000718092&dt=20001218&formato=PDF>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

Já o contrário não se passa, ou seja, o uso indevido – leia-se não autorizado – da imagem não implica necessariamente danos materiais, que se verifica nos casos de publicações com objetivos de auferir lucro e que envolvam o retrato de indivíduos cuja profissão dirige-se ao uso remunerado da imagem para fins econômicos.

Ressalve-se que, para aferir o impacto do dano moral, podem ser levadas em conta as condições pessoais do retratado, como o histórico pessoal e profissional, além do prestígio social, as quais dizem respeito ao patrimônio moral do indivíduo, não devendo repercutir no montante indenizatório a título de danos materiais que a utilização indevida da imagem pode ocasionar.

Assim, são cabíveis o ressarcimento por danos materiais, sem prejuízo dos danos morais, quando o retratado for profissional que utiliza sua imagem profissionalmente para fins de publicidade. Lembre-se, nesse ponto, que os danos materiais devem ser comprovados, para que se possa mensurar o valor devido na forma de cachê. Para tanto, podem ser apresentados demonstrativos de pagamentos de cachês em casos similares, a fim de se ter por base o valor praticado, para a fixação judicial do montante a ser pago.

A doutrina civilista em geral ecoa as lições de Clóvis do Couto e Silva: “O dano material, não sendo possível o retorno ao *status quo* ante, se indeniza pelo equivalente em dinheiro, enquanto o dano moral, por não ter equivalência patrimonial ou expressão matemática, se compensa com um valor convencionado, mais ou menos aleatório.”³²⁹ Observe-se julgado alinhado ao que se sustenta em doutrina:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS. USO DA IMAGEM SEM AUTORIZAÇÃO. 1. O uso de fotografia em cartaz sem autorização de quem nela apareça caracteriza ofensa moral que repercute no íntimo e na consciência da pessoa, atingindo a honra subjetiva, violando o psíquico e a auto-estima. Nesses casos, o dano moral decorre do próprio ato ilícito.

2. Para que o dano material seja ressarcido, é necessário que o autor comprove sua existência e dimensão. Ausente prova nos autos, impossível prosperar o pedido.

³²⁹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **O conceito de dano no direito brasileiro e comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 11.

DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME.³³⁰ (GRIFOU-SE)

Em que pese o entendimento segundo o qual os danos materiais devam ser demonstrados cabalmente, os tribunais em geral vem decidindo que a ausência de comprovação dos danos materiais não constitui óbice à procedência dessa pretensão em juízo. Confira-se recentes julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, os quais se pautaram em precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. UTILIZAÇÃO DESAUTORIZADA DE IMAGEM EM MERCADORIAS COMERCIALIZADA PELA DEMANDADA, FORNECIDAS PELA DENUNCIADA. ILEGITIMIDADE DA LITISDENUNCIADA REJEITADA. REMISSÃO A JULGADO. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS. QUANTUM FIXADO NA SENTENÇA MANTIDO. **DANOS MATERIAIS A SEREM MENSURADOS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.** JUROS DE MORA QUE, NO CASO, INCIDEM A PARTIR DA CITAÇÃO. (GRIFOU-SE) (Apelação Cível Nº 70035236751, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 15/12/2011)³³¹

Apelação cível. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRELIMINARES REJEITADAS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS IMATERIAIS E MATERIAIS. USO DE IMAGEM ALÉM DO TEMPO AUTORIZADO PELA AUTORA. ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE JUNTADA DO CONTRATO POR PARTE DA RÉ. DANOS MORAIS REDUZIDOS. DANOS MATERIAIS. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO DA RÉ VINNEA VINOS LTDA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. (...)

4. O caso dos autos diz com hipótese de tutelabilidade do direito à imagem, por isso o dever legal de reparar decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo. O dano consiste na utilização

³³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 803.129-RS (2005/0204997-5). Recorrente: Universidade do Vale do Rio dos Sinos Unisinos. Recorrido: Dagoberto Roveli Silva dos Santos. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 29 de setembro de 2009. Disponível em:< <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6028309/recurso-especial-resp-803129-rs-2005-0204997-5-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

³³¹ RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 70035236751. Apelantes: Luatex Têxtil Ltda, Lojas Renner e Anna Bárbara Xavier. Apelados: Os mesmos. Relator: Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana. Porto Alegre, 15 de dezembro de 2011. Disponível em:< http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70035236751&num_processo=70035236751&codEmenta=4521642&temIntTeor=true>. Acesso em: 26 dez. 2012.

indevida da fotografia com fins lucrativos, dispensando-se, deste modo, a demonstração do prejuízo material ou moral.

5. O dano moral deve ser considerado *in re ipsa*, por conta disto, dispensa-se a sua efetiva comprovação. Entende-se suficiente a demonstração do ato ilícito e do nexo de causalidade, pois o dano moral deflui como consequência natural do ilícito (Precedentes do STJ). (...)

6. Danos materiais. Ainda que a ré não tenha acostado aos autos o contrato firmado com a autora para comprovar a remuneração devida pelo uso da imagem, tenho que os danos materiais são inegáveis. Quantia a ser apurada em liquidação de sentença. (GRIFOU-SE) (Apelação Cível n. 70049851959, Rel. Des.^a Iris Helena Medeiros Nogueira, TJ-RS, julgado em 15.08.2012.)³³²

Uma decisão que acolhesse tão somente o pedido de indenização resultante de danos materiais, rejeitando os danos morais não se sustentaria no âmbito do direito brasileiro, pois estaria aplicando-se nessa hipótese a construção dualista do direito de imagem, a qual tem seu lugar na lógica jurídica estadunidense, com as cláusulas gerais autônomas do *right of privacy* e do *right of publicity*, mas não no ordenamento jurídico pátrio, pelas razões defendidas neste trabalho.

Vale anotar que a jurisprudência tem considerado, ainda em posicionamento minoritário, mas que vem avançando, também os danos materiais decorrentes da exploração comercial da imagem de qualquer pessoa. Nesses moldes, cita-se o julgado a seguir:

³³² RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 70049851959. Apelantes: Adega Cavalleri Ltda, Vinnea Vinhos Ltda e Ana Carolina do Prado Lima Petrucci. Relatora: Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 15 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70049851959&num_processo=70049851959&codEmenta=4846900&temIntTeor=true>. Acesso em: 26 dez. 2012.

INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS – Utilização da imagem da autora para estampar produtos comercializados pela ré - Uso indevido de imagem - Configuração - Alegação de existência de autorização tácita - Inadmissibilidade - Necessidade de demonstrar de maneira cabal a anuência - **A publicação da imagem da pessoa com fins econômicos ou comerciais e a ausência de autorização nesse sentido são suficientes para a caracterização do dever de indenizar – Danos morais configurados - Incidência da Súmula 403, do STJ - Danos materiais a serem fixados em liquidação por arbitramento** - Determinação para a suspensão da veiculação da imagem da autora nos produtos - Recurso provido em parte.³³³

Para essa corrente, basta a publicação com fins econômicos, ou seja, conduta de terceiro auferindo vantagem pecuniária com a imagem alheia sem a devida contraprestação, que se teria reconhecido os danos materiais, não se restringindo o ressarcimento a título de danos materiais aos “profissionais da imagem”, o que configura franca generalização do conteúdo patrimonial da imagem, devendo esse critério ser revisto com urgência pelos tribunais.

3.4 O DIREITO À IMAGEM E OS FATOS CRIMINOSOS DIVULGADOS PELA IMPRENSA: A PERSPECTIVA DO SUSPEITO, DO CONDENADO JUDICIALMENTE E DA VÍTIMA

Particular atenção merece o debate acerca da exploração da imagem das pessoas envolvidas em ocorrências criminosas, passando-se a dissertar acerca das condições de exercício do direito de imagem sob a perspectiva da vítima, do *suspeito* e do judicialmente condenado.

O tratamento que a mídia tem dado às ocorrências criminosas passa longe da simples incumbência que lhe cabe de transmitir a informação. Não há dúvida de que a temática da violência urbana, em suas inúmeras manifestações como o sequestro e roubo, pertence ao interesse público, inclusive contribuindo na captura de foragidos da justiça e de suspeitos.

³³³ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 9190158-78.2008.8.26.0000. Apelante: Vânia Roverso Corrêa. Apelado: Lagrotta Azzurra Indústria e Comércio de Confeccões Ltda. Relator: Desembargador: João Francisco Moreira Viegas. São Paulo, 24 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=6054518&v1Captcha=bqvzE>>. Acesso em: 26 dez. 2012.

Entretanto, em prática que mais se parece com enredos de filmes policiais, a atividade da imprensa transforma a notícia do crime em um *show* a ser apresentado aos espectadores, narrado com elevada carga emotiva pelo jornalista ou apresentador. Esse é o atual cenário de *espetacularização* da notícia desenhado pela mídia empresarial, que massacra com a dignidade da pessoa humana para alcançar grandes faturamentos e, no caso da televisão, bons índices de audiência.

Muitos têm sido os crimes divulgados pela imprensa em tons sensacionalistas, em franca desconsideração aos direitos da personalidade, ao princípio da presunção da inocência e à ética jornalista. Basta lembrar-se da forma como foram conduzidos pelos veículos de comunicação o polêmico “caso Escola Base” em 1994, o sequestro da filha do apresentador de televisão Sílvio Santos em 2001, o “caso Eloá” em 2008, “caso do casal Nardoni”, o “caso do goleiro Bruno” e, mais recentemente, em dezembro de 2012, o caso em que o apresentador Datena negociou, ao vivo na televisão, com um sequestrador.³³⁴

Em todos esses casos, destaca-se o ponto comum da reificação da vida humana, impondo-se à pessoa humana a condição de mercadoria informativa consumível. Esse quadro poderia ser sintetizado na seguinte lógica maquiavélica, adaptada ao contexto capitalista: busca-se o lucro a qualquer custo, de modo que os “fins justificariam os meios.”

3.4.1 O DIREITO À IMAGEM DA VÍTIMA

O caso Eloá, dentre outras questões ético-jurídicas que poderiam ser suscitadas, traduziu-se em esforço desmedido e ilegal da imprensa pela busca de audiência, tendo transformado a ocorrência policial em uma espécie de Big Brother da vida real, pois transmitida pela maioria dos canais abertos de televisão, em tempo real, para todo o território brasileiro. Se fosse um caso de ficção, o roteirista jamais o consideraria hipótese próxima da realidade. Houve até mesmo uma entrevista efetuada por determinada apresentadora de uma emissora de televisão, enquanto o

³³⁴ STYCER, Maurício. Datena negocia ao vivo na tv e soluciona sequestro na grande SP. **Blog**, São Paulo, 28 nov. 2012. Disponível em:< <http://mauriciostycer.blogosfera.uol.com.br/2012/11/28/datena-negocia-ao-vivo-e-soluciona-sequestro-na-tv/>>. Acesso em: 27 dez. 2012.

rapaz mantinha o cárcere privado de suas vítimas, o que seguramente contribuiu para o insucesso da negociação policial.

Como se não bastasse, acresce-se a esse caos midiático o fato de que as vítimas, Eloá e sua amiga, possuíam apenas quinze anos de idade. Nesse ponto, também foi ilícito o procedimento da imprensa. Rasgou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, que prescreve a inviolabilidade do patrimônio moral da criança e do adolescente, devendo ser preservadas a sua imagem e identidade, nos termos do art. 17.

Foi ainda violado pela imprensa, em função da forma espetacular como abordou o fato, o dever geral que se impõe *erga omnes* na sociedade de velar pela dignidade da criança e do adolescente, “pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.”, como estabelece o art. 18 do ECA.

Ressalte-se que o direito à imagem da criança e do adolescente possui âmbito de proteção ainda mais intenso, a fim de garantir o livre desenvolvimento da sua personalidade. Por isso, precauções maiores devem ser tomadas para resguardar os atributos personalíssimos, dentre os quais a imagem, como condição de veiculação da notícia, como por exemplo a utilização da tradicional tarja preta sobre a face do retratado. Nesse passo, cumpre citar o art. 143, parágrafo único do ECA, que determina o dever da atividade jornalística em não identificar a criança e o adolescente, “vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.”

Outro caso emblemático, mais antigo, que se pode destacar é o do sequestro de uma criança pertencente à tradicional família paulistana Matarazzo. À época do sequestro, o pai da vítima solicitou à imprensa que tal ato não fosse divulgado, pois isso poderia render maiores entraves na negociação com os sequestradores, inclusive colocando em risco a vida do jovem, pedido que não foi respeitado. Por essa razão, foi ajuizada ação judicial de indenização por danos morais, sob o fundamento de terem sido ofendidos os direitos da personalidade, notadamente a integridade física, a privacidade e a imagem do menino.

No entender da emissora em face da qual foi protocolizada a ação, a divulgação do sequestro amplia as chances de localização da vítima mediante denúncias, não havendo que se falar em qualquer dano. A pretensão contida na inicial foi julgada procedente, pois, de acordo com o magistrado:

(...) a ré agiu com dolo ao divulgar, contrariando o pedido da família. (...) desrespeitou a Lei, descumpriu o que diz a Constituição quanto a inviolabilidade do direito à vida, expôs de forma irresponsável e dolosa a vida de uma criança que estava em cativeiro de meliantes, desrespeitou o direito à intimidade da família e da criança que não queriam seus nomes divulgados (...) a privacidade das vítimas não foi respeitada.³³⁵

Como já foi defendido, a divulgação de sequestros e demais crimes é questão de interesse público. Todavia, havendo confronto entre os interesses da imprensa e da vítima, este último deve prevalecer como expressão máxima do livre exercício da autodeterminação informativa, que decorre do direito à privacidade, e da autodeterminação do alcance da imagem, enquanto manifestação do direito autônomo de imagem, tendo em vista a exposição agressiva da pessoa humana pela mídia.

Entende-se, então, considerando o exercício dos direitos da personalidade e a máxima concretização possível da dignidade da pessoa humana, que a recusa da vítima prescinde de justificativa baseada em receio à sua integridade física, já sendo legítima por si só, sob pena de afronta ao que dispõe o inciso X, art. 5º da Constituição Federal. Mesmo quando ausente a recusa, não podem os veículos de comunicação concluir pela autorização tácita à divulgação ampla da imagem da vítima. Necessário que sejam tomadas medidas cautelosas a fim de preservar a vítima, evitando-se a sua identificação nominal e de seu retrato. Nesse sentido, Schreiber pondera com lucidez:

(...) a identificação nominal da vítima só deve ser admitida em caráter excepcional, quando possa efetivamente auxiliar na solução do crime, sendo de se coibir sua utilização sensacionalista por parte da

³³⁵ PINHO, Débora. TV Globo é condenada por divulgar sequestro em telejornais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 agost. 2001. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2001-ago-23/tv_globo_condenada indenizar familia matarazzo>. Acesso em: 27 dez. 2012.

imprensa. (...) É igualmente responsável a empresa jornalística que deixa de adotar precauções exigidas pela vítima como condição para a divulgação, tais como a desidentificação digital ou o emprego da tradicional tarja preta sobre os olhos do retratado.³³⁶

Nessa mesma toada, pertinente incluir à baila breve reflexão acerca dos casos de vítimas de violência decorrente de ato libidinoso em confronto com o direito de informar. Para tanto, apresentamos um ponderado acórdão de lavra do Superior Tribunal de Justiça, desenvolvendo raciocínio apurado com a proteção da pessoa humana e seus respectivos atributos personalíssimos:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRESCRIÇÃO. PRAZO REDUZIDO. CONTAGEM QUE SE INICIA COM A VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. CAUSA DANO MORAL QUEM DIVULGA DE NOME COMPLETO DA VÍTIMA DE CRIME SEXUAL. QUANTUM RAZOÁVEL. -

É inadmissível o recurso especial deficientemente fundamentado. Aplicável à espécie a Súmula 284, STF.

- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ.

- O prazo prescricional em curso, quando diminuído pelo novo Código Civil, só sofre a incidência da redução a partir da sua entrada em vigor. Precedentes.

- A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade.

- A vítima de crime contra o costume tem o direito de não perpetuar seu sofrimento. Se opta por não oferecer a queixa e tampouco a representação que a lei lhe faculta, evidentemente não há interesse social na apuração dos fatos e tampouco na exposição pública de seu nome. Se o crime contra o costume se encontra sujeito à ação penal pública, se a vítima ofereceu a queixa ou a representação, não por isso deixará de passar pelos constrangimentos da apuração dos fatos, do sofrer contínuo. Não se pode presumir tampouco que, por tais motivos, se torne conveniente a exposição pública de seu sofrer, para além dos autos do inquérito ou do processo criminal.

- **Não há qualquer interesse público no conhecimento da identidade da vítima do crime de estupro, havendo aí abuso da liberdade de informação.**

³³⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 155-156.

- A modificação do quantum fixado a título de compensação por danos morais só deve ser feita em recurso especial quando aquele seja irrisório ou exagerado.
- Não mais prevalece, a partir da Constituição em vigor, a indenização tarifada, prevista na Lei de Imprensa, devida por dano moral, por publicação considerada ofensiva à honra e à dignidade das pessoas. Precedentes. Recurso Especial não conhecido. (GRIFOU-SE) (REsp n.º 896.635/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, STJ, julgado em 26.02.2008.)³³⁷

Nesse caso em que fora noticiado o ato de violência sexual, o direito de informar foi invocado, pelo veículo de comunicação de massa, para autorizar exposição pública da imagem e nome da vítima, sem que houvesse prévia consulta sobre a vontade da retratada. Contudo, a exposição excessiva da vítima, sem sua autorização, em evidente abuso do direito de informar, implicou a condenação da emissora ao pagamento de indenização decorrente de danos morais. Embora não constasse expressamente no texto do acórdão analisado os atributos, fez-se valer no caso em discussão o direito de imagem e o direito ao nome, assegurando-se a proteção efetiva da pessoa humana.

Não resta dúvida a presença do interesse público na divulgação de fatos violentos, pois sua ocorrência por si só já retrata uma violação do pacto social, além de informar a comunidade sobre tais acontecimentos a fim de tomar os cuidados necessários. Todavia, a notícia veiculada não pode ultrapassar os limites atinentes à pessoa humana na condição de vítima.

Como mandados de otimização, tanto o direito à imagem quanto o direito de informar podem ser concretizados em dado caso, sendo possível coexistirem e se realizarem um condicionado ao outro. O que não se mostra legítimo, nem razoável, é que à liberdade de informação se atribua o *status* de direito preferencial sobre todos os demais direitos e princípios, pois mesmo a pilastra do Estado Democrático, que é o direito de informar, só deve ser garantido como tal se exercido em respeito ao valor da dignidade humana.

³³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 896.635-MT (2006/0220810-4). Recorrente: Rádio Real FM Ltda e outros. Recorrido: Gláucia Regina da Silva. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 26 de fevereiro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=757411&num_registro=200602208104&data=20080310&formato=PDF>. Acesso em: 04 jan. 2013.

3.4.2 O DIREITO À IMAGEM DO SUSPEITO E DO CONDENADO JUDICIALMENTE

Muito mais problemático é o trato jornalístico que se dá à imagem do suspeito e do condenado judicial. Parece haver, na atividade jornalística, corriqueira violação do princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, o qual se encontra garantido no inciso LVII, art. 5º da Constituição Federal de 1988. Os julgamentos midiáticos são cada vez mais uma constante na prática dos veículos de comunicação de massa. Caracterizam-se esses julgamentos por serem apressados, incivilizados e brutais. Representam um verdadeiro atentado ao Estado Democrático de Direito instalado pela Constituinte de 1987, pois convertem suspeitos em culpados, ignorando abertamente o devido processo de apuração de responsabilidade e os princípios do contraditório e da ampla defesa, expressos no inciso LV, art. 5º da Constituição Cidadã.

Esse é o panorama atual resultante da atuação de parcela expressiva da imprensa, violadora dos direitos da personalidade, dentre os quais, com mais frequência, o direito à imagem, à honra e à privacidade, impactando diretamente na sociedade, pois a manipulação que se exerce sobre ela induz a construção de rótulos de vilões ou criminosos a indivíduos que sequer passaram por uma fase investigativa de inquérito. Em função do recorte da pesquisa ora proposta, pretende-se examinar de maneira mais detida a utilização indevida de imagem nesse contexto que já se pode denominar de *caos midiático* ou *grande crise da atividade jornalística*.

Apresenta-se como incontornável o debate no campo ético e jurídico acerca das reiteradas e generalizadas práticas jornalísticas que suprimem procedimentos e princípios previstos constitucionalmente para então transformar cidadãos em autores de crimes. Simples suspeitas ou acusações, muitas vezes levianas, que repousam sobre indivíduos são noticiadas por esse tipo de imprensa como condenação com ares de certeza e definitividade.

Não há, pelo menos na imprensa sensacionalista, o compromisso jornalístico em distinguir ao público a fase de instauração de inquérito policial e o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Essa postura da imprensa impõe aos detidos e suspeitos, muitas vezes, constrangimentos que rendem, em

decorrência das violações à honra e à imagem, penas mais severas e duradouras que as estipuladas em juízo, se houver a condenação.

Diante da temática, colocam-se alguns questionamentos, tomados por empréstimo de Parecer da Procuradoria-Geral da República de Portugal, que não objetivam encerrar o tema, mas traçar linhas mais claras para o início de um debate:

1º- Pertencendo a direcção da instrução criminal, por força da Constituição da República, a um Juiz de instrução, constituindo a Polícia Judiciária mero organismo auxiliar de administração da Justiça, que legitimidade pode ela ter para prestar informações aos órgãos de comunicação social no âmbito dos processos em que se verifica a sua intervenção?

2º- Será conciliável com o direito à privacidade a pública revelação, pela Polícia e pelos jornais, de que alguém - que nessa divulgação eventualmente não estaria interessado - apresentou uma queixa no piquete da Polícia Judiciária? Será conciliável com tal direito a pública divulgação - sem o seu consentimento expresso nesse sentido - da identidade do queixoso, sua residência e lista exhaustiva dos objectos que, por hipótese, possuía e tenham sido furtados?

3º- Que legitimidade tem a Polícia Judiciária para fornecer à Imprensa relatos sintéticos das investigações concluídas, com ressalva da identidade dos arguidos? Como conciliar uma eventual inibição do exercício de tal faculdade com o indiscutível interesse que, em matéria de prevenção genérica e específica resulta da pública divulgação pelos órgãos de comunicação social das actividades da Polícia no combate à criminalidade?³³⁸

Em complemento às indagações da Procuradoria-Geral da República portuguesa, o professor de comunicação da Universidade de São Paulo, Rogério Christofolletti, apresenta algumas reflexões:

1. Em que situações o jornal pode estampar fotos de suspeitos algemados na capa, mesmo ainda não estando provadas suas culpas em crimes?

2. Criminosos ou suspeitos podem não autorizar o uso de suas imagens pelos veículos de comunicação?

3. Caso seja negado o uso, como devem agir repórteres e editores? O que restaria fazer?³³⁹

³³⁸ PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA DE PORTUGAL. Coleção de pareceres. Disponível em: < <http://www.pgr.pt/pub/Pareceres/VII/1.html> >. Acesso em: 04 mai. 2012.

³³⁹ CHRISTOFOLETTI, Rogério. Criminalização de vítimas na imprensa: considerações sobre a ética jornalística. **Revista Brasileira de Ciências da Comunicação**. São Paulo, v. 28, n.1, p. 27-39, (jan.-jun.) 2005. p. 34.

O jurista francês Pierre Kayser enfatiza inclusive que o direito ao respeito à presunção da inocência se trata de um novo direito da personalidade, devido a sua oponibilidade contra todos e seu caráter extrapatrimonial, já que não se expressa em avaliação pecuniária prévia.³⁴⁰ O direito – da personalidade – à presunção da inocência traduz-se, assim, em instrumento de excelência para a proteção da personalidade ante a imprensa, em especial os atributos da imagem, da honra e da privacidade.

À luz do direito brasileiro, o direito ao respeito da presunção da inocência tem seu lugar para resguardar a pessoa humana e garantir o direito de escolher a maneira e as ocasiões nas quais o indivíduo submeterá a sua imagem à exposição pública e ao registro jornalístico. Entretanto, o cenário que a experiência demonstra fica muito aquém do respeito ao direito de escolha em expor a própria imagem. À pessoa detida pela polícia é dado o mesmo tratamento de mercadoria apreendida.

Comuns são as cenas em que o agente policial expõe o rosto do detido, mediante força e contra a vontade do retratado. O que se dirá, então, das ações vorazes dos fotógrafos que em nome da liberdade de informação capturam imagens de detidos sob várias perspectivas, em desmesurada e ilícita exposição da pessoa humana, submetendo-a a uma degradante exploração midiática? Trata-se de um verdadeiro linchamento midiático instaurado contra os suspeitos e detidos que sequer passaram por um julgamento em conformidade com a Constituição. Sobre essa prática comumente efetuada pela imprensa, Nilo Batista argui:

(...) Em que inciso da Constituição se autoriza essa prática infamatória de ‘apresentar’ um suspeito, ou mesmo um condenado, a toda imprensa, forçando-o a exhibir-se, às vezes sob um cartaz? (...) Quando isso ocorre, fica às vezes difícil definir os contornos entre o espetáculo e o exercício de poder público, o primeiro com sua livre inventividade e o segundo jungido, particularmente no campo penal, a regras e garantias estritas.³⁴¹

Todo esse circo midiático é transmitido, algumas vezes, em tempo real por programas de televisão sensacionalistas, que se gabam de artifícios pirotécnicos para registrar as operações policiais. E o discurso pretensamente legitimador das

³⁴⁰ KAYSER, Pierre. **La protection de la vie privée par le droit**: protection du secret de l'avie privée. 3.ed. Paris: Economica, 1995. p. 173.

³⁴¹ BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 25.

ações questionáveis do ponto de vista ético e jurídico, realizadas nesses programas de televisão, refere-se ao interesse público ancorado na temática da segurança pública. Mas sobre a improcedência desse discurso, Schreiber é contundente ao dissertar sobre outro atributo da personalidade, a privacidade, em relação com a liberdade de imprensa:

A tutela da privacidade, como direito da personalidade, inerente a toda pessoa humana, não pode encontrar espaços de imunidade na realidade social brasileira. Suspeitos, indiciados, acusados e mesmo criminosos condenados por sentença penal transitada em julgado não perdem, por essa razão, aqueles direitos que compõem o núcleo essencial da condição humana. A privacidade [a personalidade humana] deve ser respeitada em qualquer condição, já tendo sido demonstrado que o interesse coletivo na segurança pública não exige a redução da sua proteção.³⁴²

No julgamento sumário feito pela mídia, que nada tem a ver com justiça, erros jornalísticos são recorrentes e os danos à pessoa humana envolvida são, em regra, irreparáveis, dado o caráter extrapatrimonial da personalidade. Em breve análise casuística, podemos trazer à pauta alguns exemplos da exposição ilícita da imagem da pessoa humana, antecipando a condenação dos suspeitos e ampliando a pena do condenado judicialmente. Sem falar dos outros atributos da personalidade que a espetacularização da notícia acerca dos acontecimentos criminosos atingem, como a honra e a privacidade. Passemos à análise de alguns casos.

Emblemático foi o caso da Escola Base, ocorrido em 1994, tendo representado o símbolo do pré-julgamento público realizado pela mídia, com base apenas em declarações acusatórias.³⁴³ Não foi muito diferente o linchamento público feito pela mídia no “caso do casal Nardoni”,³⁴⁴ que muita antes de um julgamento por

³⁴² SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 157.

³⁴³ “Escola Base foi uma escola particular do município brasileiro de São Paulo, fechada em 1994 quando seus proprietários, sócios e uma professora foram injustamente acusados de abuso sexual contra alguns alunos de quatro anos. O chamado Caso Escola Base envolve o conjunto de acontecimentos ligados a essa acusação em si (inclusive ela própria), tais como a cobertura considerada parcial por parte da imprensa, e as atitudes precipitadas e muito questionadas por parte do delegado responsável pelo caso, que supostamente teria agido pressionado pela mídia televisionada e pelas manchetes de jornais.” Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Escola_Base>. Acesso em: 05 out. 2012.

³⁴⁴ “O caso Isabella Nardoni refere-se à morte da menina brasileira Isabella de Oliveira Nardoni, de cinco anos de idade, defenestrada do sexto andar do *Edifício London* no distrito da Vila Guilherme, em São Paulo, na noite do dia 29 de março de 2008.

meio de um devido processo judicial, suas imagens já estavam estampadas em diversos jornais e programas televisivos sensacionalistas com a qualificação de criminosos, quando eram, pelo menos até então, simples suspeitos.

A diferença entre esses dois casos foi que da investigação policial sobre os denunciados da Escola Base, verificou-se que não havia sequer crime e, portanto, nem criminosos, enquanto que no “caso dos Nardoni”, houve a condenação judicial dos envolvidos, fato este que contribuiu para minimizar a repercussão e o debate sobre a hipermidiatização e a condenação pública efetuada pela imprensa nesse último caso

Mais recentemente, no ano de 2012, famoso apresentador de programa policial transmitido na televisão, José Luiz Datena foi condenado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo – reformando, assim, a sentença que havia julgado improcedente a pretensão do autor –, solidariamente à emissora para a qual trabalha, ao pagamento de indenização a título de danos morais, por ter veiculado a imagem de um indivíduo, imputando-lhe a autoria de um crime.³⁴⁵ Posteriormente, foi o suspeito absolvido em processo criminal, por não ter sido reconhecido pelas vítimas do ato criminoso.

Em um só ato feriu a reputação e o direito à imagem do retratado. Tem-se aqui, uma vez mais, a atuação do tribunal da mídia que se satisfaz com meras suspeitas superficiais para sentenciar a condenação. Mais um exemplo de massacre à dignidade humana no caminho cotidianamente trilhado pela empresa jornalística na busca pelo lucro e pela audiência à custa da exploração da imagem alheia. Nesse passo, cumpre destacar alguns dos sábios e exemplares argumentos que

O caso gerou grande repercussão no Brasil e Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá, respectivamente pai e madrasta da criança, foram condenados por homicídio doloso triplamente qualificado (art. 121, § 2º, incisos III, IV e V), e vão cumprir pena de 31 anos, 1 mês e 10 dias, no caso dele, com agravantes pelo fato de Isabella ser sua descendente, e 26 anos e 8 meses de reclusão no caso de Anna Jatobá, ficando caracterizado como crime hediondo. A decisão foi proferida pelo Juiz Maurício Fossen, no Fórum de Santana em São Paulo.” Disponível em:< http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Isabella_Nardoni>. Acesso em: 05 out. 2012.

³⁴⁵ “O homem pediu ressarcimento por danos materiais por ter sido veiculada sua imagem sem autorização. Alegou ainda, pleiteando indenização por dano moral, ter tido sua honra, imagem e moral ofendidas ao ter sido chamado de ‘canalha’, ‘estuprador’, ‘vagabundo’ e ‘tarado do capacete’.” Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI166233,11049->

fundamentaram a condenação do referido apresentador ao pagamento da indenização:

Não houve mera narrativa de fatos policiais, com isenção e seriedade. Ao contrário, houve incitação dos telespectadores contra a pessoa do autor, antes de seu julgamento, olvidando-se os responsáveis pelo programa de que ninguém pode ser considerado culpado antes de condenação criminal com trânsito em julgado, após lhe ser assegurado amplo contraditório e firme possibilidade de defesa. (...) O autor viu-se aviltado não só pela infundada suspeita de ter sido agente de crime tão violento (estupro), mas teve tal situação agravada pela maneira desrespeitosa e escandalosa pela forma pela qual sua imagem foi divulgada e pela adjetivação utilizada pelo apresentador do programa. (Apelação Cível n.º 0275491-20.2009.8.26.0000-SP, Rel. Designada Christine Santini, julgado em 30.05.2012.)³⁴⁶

Anote-se que temática é bastante controversa e rende muita discussão com divergência de posicionamentos. Em que pese os ponderados argumentos constantes do voto supracitado em favor da ampla proteção à dignidade humana, não são eles preponderantes no entendimento jurisprudencial majoritário sobre o assunto. Confirmam-se alguns julgados da mesma Corte paulista em sentido contrário ao que se consignou acima:

Danos morais - Reportagem que retrata flagrante de ilícito penal - Fotografia do autor que ilustra a matéria jornalística - Imagem que se coaduna com o texto - Exercício da liberdade de imprensa - Indenização indevida - Recurso improvido. (Apelação Cível 9119615-21.2006.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. A.C. Mathias Coltro, julgado em 01.07.2009).³⁴⁷

Responsabilidade civil - Dano moral - Programa televisivo de cunho jornalístico-investigativo - Divulgação da imagem da autora relacionada aos fatos noticiados - Inocorrência de dano moral e de prova do efetivo prejuízo divulgação de matéria jornalística de

[Datena+e+Band+indenizam+homem+apos+confundilo+com+estuprador](#)>. Acesso em: 27 dez. 2012.

³⁴⁶ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação n.º 0275491-20.2009.8.26.0000. Apelante: Manoel Marques Pereira Filho. Apelados: Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda e José Luiz Datena. Relatora: Christine Santini. São Paulo, 30 de maio de 2012. Disponível em:< http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20121023-06.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2012.

³⁴⁷ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação n.º 9119615-21.2006.0000. Apelante: José Alexandre Soares Ferreira. Apelado: Grupo Editorial de Franca Ltda. Relator: Ministro A. C. Mathias Coltro. Brasília, 01 de julho de 2009. Disponível em:< http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20121023-06.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2012.

interesse nacional relativa à prática do jogo do bicho - Dano moral não caracterizado - Sentença mantida - Recurso desprovido. (Apelação Cível 9145211-70.2007.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Elliot Akel, julgado em 22.11.2011).³⁴⁸

A espetacularização da notícia, com o intuito de “cativar” a atenção do telespectador, render cifrões às empresas de comunicação de massa. *A banalização da vida humana*, decorrente do tratamento degradante que a mídia despende ao acusado, e *as consequências sociais que marcam a pessoa do suspeito*, mesmo quando posteriormente inocentado, impõe maior razoabilidade na realização dos direitos em conflito, o direito de informar e o direito à imagem.

Nesses casos de veiculação da imagem de maneira descompromissada com a dignidade humana, a veiculação da informação deveria ocorrer em formato de simples texto, cujo conteúdo traria os elementos necessários e imparciais para a cientificação do público, dispensando-se a representação gráfica e adjetivações que repercutam na reputação do detido na condição de suspeito.

Verifica-se, ainda, que a imprensa deveria explicitar ao público a condição de suspeito do indivíduo objeto da notícia, esclarecendo a diferença entre a qualificação de suspeito e de criminoso, a fim de minimizar os danos extrapatrimoniais - irreparáveis - que a informação pode provocar sobre a pessoa.

Ressalve-se que o suspeito, enquanto não localizado ou não identificado, tem o seu direito à imagem mitigado em função da primazia da ordem pública e da administração da justiça, nos termos do art. 20 do Código Civil de 2002. Caso contrário, a notícia de uma ocorrência policial com referência aos fatos, nomes envolvidos, localidade e coleta do maior número de versões havidas para garantir a imparcialidade da imprensa nesses casos já não bastaria para que ela cumprisse seu papel e deixasse à instituição policial e ao Judiciário as respectivas funções de investigar e de julgar?

³⁴⁸ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 9145211-70.2007.8.26.0000. Apelante: Terezinha de Fátima Matia. Apelado: TV SBT canal 04 de São Paulo S/A. Relator: Desembargador Elliot Akel. São Paulo, 22 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=5556081&v1Captcha=hEdEd>>. Acesso em: 27 dez. 2012.

Sem discutir o mérito do desrespeito à Súmula Vinculante n.º 11 do Supremo Tribunal Federal,³⁴⁹ de qual interesse público está se falando quando o jornalista se propõe a captar e divulgar a imagem de um suspeito algemado dentro da delegacia, sem ao menos “raspar” o rosto no retrato?

Sabe-se, tal como se ilustrou neste trabalho, que em decorrência da revolução da mídia, as notícias são efêmeras, sobretudo na *internet* e na televisão, por meio das quais as notícias se renovam constantemente para atingir as expectativas do “espectador-consumidor”.

Diante dessa nova realidade do mercado de informações, a pressão das empresas de comunicação na busca por “furos de reportagem” é cada vez mais intensa e, algumas vezes, um simples boato ganha ares de notícia robusta. Por via de consequência, os erros de julgamento jornalístico estão cada vez mais presentes.

Pode ser que em determinadas situações, uma nota de retificação jornalística seja suficiente, porém quando o erro recai sobre uma pessoa, distorcendo ou antecipando conclusões sobre a sua participação em práticas criminosas, tem-se então um dano irreparável. Daí ser razoável e legítimo que prevaleça o direito de imagem dos suspeitos.

Verifica-se que não é somente com um julgamento apressado e equivocado que a renovada imprensa está preocupada, pois também almeja auferir lucro à custa da imagem, da honra e da privacidade alheia. Sempre que o excesso da imprensa, em promoção do julgamento público sumário, incide sobre a pessoa humana, não como exceção ao zelo jornalístico, mas sim como regra da prática dos veículos de comunicação, fazendo-nos concluir inclusive que, sob a perspectiva das empresas de comunicação, a ofensa os direitos da personalidade afigura-se compensadora, à luz do enfoque econômico.

³⁴⁹ “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. SÚMULA vinculante do STF limita o uso de algemas a casos excepcionais. Notícias/STF. Brasília, 13 de agosto de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=94467> >. Acesso em: 06 jan. 2013.

Por isso, o que está em jogo na presente discussão não é, em hipótese alguma, a revisitação do cerceamento à liberdade de imprensa, mas sim o exercício desse direito fundamental condicionado ao tratamento digno da pessoa humana.

A liberdade de informação, como viga-mestra do Estado Democrático de Direito, possui suas manifestações legítimas constitucionalmente protegidas, como o direito difuso à informação imparcial e robusta de fundamentos, o direito de informar e a liberdade de criticar com o fim de contribuir para tomada de decisões por parte de cidadãos para a consolidação do bem-estar da sociedade. O ilustre jurista José Afonso da Silva comentou o assunto com muita propriedade:

(...) a liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é de ser informado, a de ter acesso à fontes de informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especial têm um dever. Reconhece-se-lhe o direito de informar à coletividade tais acontecimentos e ideias, mas sobre ele incide o dever de informar à coletividade tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original: do contrário, se terá não informação, mas deformação.³⁵⁰

Coaduna-se com o exposto neste texto o posicionamento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual se transcreve:

(...) a responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.³⁵¹

³⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 250.

³⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 818.764-ES (2006/0028021-9). Recorrente: Grupo de Comunicação Três S/A. Recorrido: Alinaldo Faria de Souza. Relator: Ministro Jorge Scartezini. Brasília, 15 de fevereiro de 2007. Disponível em:<

Ressalte-se que mesmo tratando-se de indivíduos presos, o direito à imagem está garantido, pois quem vem a ser condenado conserva os direitos da personalidade. A exploração sensacionalista da imagem dos indivíduos condenados, bem como as condições animais em que são submetidos apenas contribui para a reincidência criminosa, em afronta direta ao que prescreve o texto constitucional, mais especificamente em seu art. 5º, inciso XLIX:

Art. 5º (...) XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Convém lembrar que os presos estão sob custódia do Estado, sendo que perdem, por período fixado em decisão judicial, no máximo o direito de locomoção e os direitos políticos. Os direitos da personalidade, essenciais e inerentes à existência humana, permanecem preservados, em cumprimento ao texto constitucional: o supracitado inciso XLIX do art. 5º; o inciso III do art. 1º, que estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro, sem distinguir “pessoa humana cidadã” e “pessoa humana presa”; a alínea “e)” do inciso XLVII do art. 5º, cuja redação veda a instauração de penas cruéis, compreendendo-se desse texto o impedimento para ações que atinjam o condenado tanto em seu aspecto físico, quanto o moral.

Nesse ponto, importa observar que funcionários públicos – em regra, delegados e agentes policiais – que exibam, em atos aleatórios, presos à imprensa, podem ser responsabilizados, em ação de regresso ajuizada pelo Estado, pelos danos morais causados ao preso, bem como podem incorrer em crime de abuso de autoridade ao expor o indivíduo à circunstância não autorizada por lei, como prescreve a Lei n.º 4.898/65:

Art. 1º - O direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, contra as autoridades que no exercício de suas funções, cometerem abusos, são regulados pela presente lei.

(...)

Art. 4º - Constitui também abuso de autoridade: (...)

https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2904393&num_registro=200600280219&data=20070312&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 27 dez.2012.

b) submeter pessoa sob guarda ou custódia a vexame ou constrangimento não autorizado em lei.

Em tom "retórico-reflexivo", a jurista espanhola Àngels Gili Saldaña questiona o procedimento corrente na mídia, que desconsidera os direitos da personalidade do preso condenado judicialmente:

*La noticia de una sentencia com pena privativa de libertad no basta com la foto del condenado entrando em el recinto penitenciário? Acaso pierde el derecho a la intimidad o a la propia imagen por haber cometido um delito o haber sido condenado por los tribunales de justicia?*³⁵²

Conclui-se que o conflito entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade leva a um cenário de dicotomia e contradições, pois ambos existem como garantia do livre desenvolvimento humano, mas , ao mesmo tempo, não se coincidem plenamente no mesmo espaço, devendo ceder um ao outro, em certa medida, em função do objetivo maior no Estado Democrático de Direito, que é a preservação da dignidade humana.

O abuso do direito de informação atinge o núcleo da pessoa humana, provocando danos extrapatrimoniais, e por isso, irreparáveis. Impõe-se, portanto, a revisão desses critérios comumente utilizados pela imprensa e aceitos pela sociedade para garantir a própria existência do Estado cujo fundamento é o princípio da dignidade.

Para que a liberdade de informação se desenvolva legitimamente e assuma a roupagem de constitucionalidade, deve se coadunar com os direitos da personalidade, pautando-se pelo respeito ao ser humano e pela finalidade estrita de informar, demonstrando-se impertinente, inclusive para efeitos de ressocialização do criminoso, a veiculação desenfreada de atributos da personalidade, como a imagem e a privacidade.

³⁵² SALDAÑA, Àngels Gili. Publicación de la fotografía de un recluso, el antiguo financiero De la Rosa, mientras comía un bocadillo en la cárcel. InDret: Revista para el análisis del derecho. Barcelona, n. 259, p. 01-10, fev. 2005. Disponível em:< http://www.indret.com/pdf/259_es.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2012. p. 06.

3.5 A TUTELA JURÍDICA DO VALOR EXISTENCIAL DA IMAGEM.

Analisar-se-ão os instrumentos de tutela dos direitos da personalidade e observar-se-á quais dentre esses parece ser mais adequado para tutelar direitos dessa magnitude. O caráter patrimonialista do direito brasileiro que, conforme demonstrado neste trabalho, tanto influenciou na determinação de uma concepção de direitos da personalidade, também exerceu forte influência no que concerne à tutela dos referidos direitos.

De acordo com Sérgio Cruz Arenhart, em termos gerais, há duas modalidades básicas de tutela processual: a tutela repressiva e a tutela preventiva, sendo que a grande maioria dos procedimentos concebidos no ordenamento jurídico brasileiro possuem caráter repressivo.³⁵³

Compreendendo-se a jurisdição como função estreitamente ligada à atuação do direito subjetivo privado, tem-se que, na tutela repressiva, somente haveria intervenção da jurisdição posteriormente à violação do direito, ou após a ocorrência de um dano.³⁵⁴

Eroulths Cortiano Junior afirma ser a tutela da personalidade, no âmbito do direito privado, tradicionalmente “(...) só se encontrava (e mesmo aí apenas recentemente) na idéia de reparação do dano, através da responsabilização civil do agente causador de um evento danoso.”³⁵⁵

O dano causado pela violação de um dos direitos da personalidade é considerado não-patrimonial, pois não encontra expressão em dinheiro. Ocorre que, normalmente, os danos extrapatrimoniais são protegidos tardiamente, pela imposição do ressarcimento pecuniário,³⁵⁶ mediante a responsabilização civil daquele que causou o dano. Assim, desenha-se um cenário essencialmente patrimonialista da responsabilidade civil para a tutela dos direitos da personalidade.

³⁵³ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 98.

³⁵⁴ Ibid., p. 99.

³⁵⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 34.

³⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 419.

Nas lições de Cortiano Junior: “O fundamento, então, não é a agressão em si, mas o prejuízo causado pela agressão.”³⁵⁷

A tutela repressiva, baseada no ressarcimento pecuniário do dano concretizado, mostra-se adequada à concepção tradicional dos direitos da personalidade como direitos subjetivos, pois ambos, concepção e tutela, pertencem a um paradigma patrimonialista do direito.

No entanto, se a personalidade for pensada como o “*valor fundamental do ordenamento*”,³⁵⁸ categoria anterior e superior ao Estado,³⁵⁹ que deve ser respeitada e garantida por este, não parece adequado oferecer à proteção da pessoa humana somente o instrumento do ressarcimento pecuniário do dano.

3.5.1 A TUTELA REPRESSIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Ricardo Luis Lorenzetti aponta que o dano sempre foi suscetível de apreciação pecuniária, o que motivou, no passado, uma noção patrimonialista de ressarcimento.³⁶⁰ Cogita-se, em sede de tutela reparadora, que os mecanismos para regulação da imprensa deverão, sob o contexto pós-positivista, ser inferidos dos próprios valores e instrumentos constantes do sistema jurídico brasileiro, como se pode extrair do direito material as figuras jurídicas do *dano moral*, do *abuso de direito* e do *direito de resposta*.

I. DANOS MORAIS: O dano causado pela violação de um dos direitos da personalidade é chamado de não-patrimonial, ao passo que não pode ser expresso em dinheiro, porém, normalmente é sancionado pela imposição do ressarcimento pecuniário, mediante a responsabilização civil daquele que causou o dano.

³⁵⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 34.

³⁵⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 155.

³⁵⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths, op. cit., p. 50.

³⁶⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Las normas fundamentales de Derecho Privado**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995. p. 387.

Pelo fato de haver hipóteses em que não é possível valer-se da tutela preventiva da personalidade, ou seja, situações em que o dano à pessoa já foi causado, faz-se importante refletir acerca da tutela repressiva dos direitos da personalidade. No Brasil, essa tutela repressiva da personalidade é realizada tipicamente pela figura do dano moral.

Lorenzetti, ao tratar do assunto, explica que *“el daño moral es el resarcimiento concedido por los sufrimientos, las molestias, las heridas en las afecciones. Es el dolor físico, el padecimiento del ánimo.”*³⁶¹ Esse autor defende que essa idéia de dor, para configuração de dano moral, se mostra superada, na medida em que se reconhece um “patrimônio moral” da pessoa, o qual, em verdade, corresponderia à personalidade humana e seus aspectos, tais como a honra, a imagem, a intimidade e a integridade física.

Desse modo, Lorenzetti argumenta que já é *“(…) difícil hablar de daño moral. En la mayoría de los supuestos la lesión moral no define la cuestión de la admisibilidad del resarcimiento, que en algunos casos se produce daño moral por la sola violación formal de un derecho subjetivo. Comienza a hablarse de daño a la persona.”*³⁶²

Da leitura analítica desse trecho, pode-se identificar a passagem do dano moral para o conceito de dano extrapatrimonial objetivo, ou seja, não se faz mais necessária a demonstração de consequências danosas. Defende-se, nesse âmbito temático, que há dano como resultado da lesão em si. A verificação do dano é objetiva, pelo simples fato da ocorrência de violação do direito. É o que Lorenzetti chama de *“autonomía del daño a la persona.”*³⁶³

Conclui o autor, deste modo, que é inadequado falar-se em dano moral. Acredita-se que a denominação mais acertada seria dano extrapatrimonial objetivo, na medida em que se constata o dano a partir da simples violação do direito da personalidade em si, por se tratar de uma situação subjetiva existencial, e não patrimonial.

³⁶¹ Ibid., p. 389.

³⁶² Ibid., p. 391.

³⁶³ Ibid., p. 3

Nesse sentido, deve-se dispensar a demonstração de dor, constrangimento ou sofrimento para a configuração do dano moral, importando estes elementos apenas para a fixação da verba indenizatória.

Expressando de forma bastante clara o entendimento ora defendido, o Ruy Rosado Aguiar, em voto proferido no Recurso Especial nº 46.420-0/SP, assim se manifestou: “Alegou-se a inexistência de prejuízo, indispensável para o reconhecimento da responsabilidade civil das demandas. Ocorre que o prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só aí já está o dano moral.”³⁶⁴

Diante do exposto, podemos afirmar que a transgressão ao direito à própria imagem implica, automaticamente, em dano extrapatrimonial, podendo, ou não, gerar dano patrimonial, conforme seja este comprovado. A divulgação desautorizada da imagem de um indivíduo, sem se enquadrar nas exceções dessa proteção,³⁶⁵ acarreta em violação ao direito à imagem e produz dano per si – *in re ipsa* –, sendo, por isso, um direito autônomo da personalidade. Se também houver ofensa à honra ou à intimidade, isso importa para a extensão do dano extrapatrimonial e para a quantificação do montante compensatório.

Demonstrado que a concepção do dano extrapatrimonial objetivo – autonomia do dano – é o meio de tutela jurídica mais adequado aos direitos da personalidade na contemporaneidade, verifica-se a aplicação deste conceito nos julgados que se seguem:

Agravo Regimental no Agravo nº 162.918/DF
Direito à imagem – violação – Ação de reparação de danos morais.

³⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 46420-0 SP. Recorrentes: Confederação Brasileira de Futebol e Editora Abril S/A. Recorridos: Clodoaldo Tavares Santana e outros. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 12 de setembro de 1994. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400093551&dt_publicacao=05-12-1994&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 10 dez. 2012.

³⁶⁵ O direito à imagem deve ser excepcionado nas situações concernentes: a) à manutenção da ordem pública e da administração da justiça; b) se disser respeito ao interesse real da sociedade; c) caso seja uma imagem captada em multidão, que apenas tenha o objetivo de retratar a paisagem, e não as pessoas que compõem a figura. Artigo 20, caput, Código Civil.

Evidenciada a violação do direito à imagem, resulta daí o dever de indenizar os danos morais sofridos, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo.³⁶⁶

Apelação Cível nº 0020076-90.2007.8.19.0003/RJ

(...) O dano moral, por conseguinte, se faz presente, sendo perfeitamente cabível, assim, a reparação aos autores, como bem remarcado pelo Min. Sálvio de Figueiredo, no Resp 267.529 que, em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral).³⁶⁷

Como foi observado, o dano provocado à imagem da pessoa humana constitui hipótese de dano *in re ipsa*, ou seja, a simples utilização da imagem do indivíduo, sem o seu consentimento, já configura lesão a este direito da personalidade.

Apesar das decisões colacionadas nesse trabalho demonstrarem uma abertura do Judiciário no que concerne aos direitos da personalidade, como se depreende da orientação contida na súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça, atenta-se para o fato de que a jurisprudência tem reconhecido o dano extrapatrimonial objetivo sempre que ocorrer a utilização de imagem alheia com fins lucrativos.

De qualquer maneira, já é possível considerar uma evolução expressiva sobre o tema da responsabilidade civil na seara dos direitos da personalidade, por parte da jurisprudência pátria, nos últimos quinze anos.

Basta lembrar-se de julgados emblemáticos, tal como o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro resultante do "Caso Maitê Proença", posteriormente reformado no Superior Tribunal de Justiça, para reconhecer a tutela aos direitos da

³⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 162.918-DF (1997/0071884-0). Agravante: Naoum Turismo e Hospedagem S/A. Apelada: Maria Amalia de Oliveira Rocha. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, 06 de junho de 2000. Disponível em:<

https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&dt_publicacao=21/08/2000&num_registro=199700718840>. Acesso em: 27 dez. 2012.

³⁶⁷ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0020076-90.2007.8.19.0003. Apelantes: Regina Lucia dos Santos Veridini e outros. Apelados: Os mesmos e Empresa de Jornal A Cidade de Angra dos Reis. Relator: Desembargador Maldonado de Carvalho. 23 de março de 2010. Disponível em:<

203

personalidade. Cumpre registrar, para a percepção do progresso jurisprudencial, a decisão do Tribunal carioca, que julgou improcedente a pretensão à indenização por danos morais de atriz que teve fotografias suas divulgadas em revista, sem autorização da retratada:

O dano moral, como é cediço, é aquele que acarreta, para quem o sofre, muita dor, grande tristeza, mágoa profunda, muito constrangimento, vexame, humilhação, sofrimento. Ora, nas circunstâncias do caso concreto, não se percebe de que forma o uso inconsentido da imagem da autora pode ter-lhe acarretado dor, tristeza, mágoa, sofrimento, vexame, humilhação. Pelo contrário, a exibição do seu belo corpo, do qual ela, com justificada razão, certamente muito se orgulha, naturalmente lhe proporcionou muita alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exaltação, felicidade, que só não foi completa porque faltou o pagamento do valor a que tem direito pelo uso inconsentido. Só mulher feia pode sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais e em revistas. As bonitas não.³⁶⁸

A identificação do conceito jurídico de dano com o sentido material, estando este associado à dor ou ao prejuízo econômico, não pode prosperar, pois essa correspondência de sentidos distorce e desqualifica a proteção do ser humano.

A partir das lições de Carnelutti,³⁶⁹ deve-se conceber o dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado. Nessa ótica, a concepção de dano moral não mais estaria imbricada à noção de dor, mas sim à lesão ao interesse tutelado, que, nesse âmbito temático, se refere às situações jurídicas existenciais, desenhando-se, assim, o conceito do dano extrapatrimonial objetivo.

Sendo a dor um critério com forte carga subjetiva, que reside no íntimo das pessoas, torna-se dificultosa sua investigação, para a aferição do dano, o que

<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003D8A8A60DB091A130AC512F1641702EB709C4023B0B4F> >. Acesso em: 27 dez. 2012.

³⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 270.730-RJ (2000/0078399-4). Recorrente: Maitê Proença Gallo. Recorrido: S/A Editora Tribuna da Imprensa. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200000783994&dt_publicacao=07/05/2001>. Acesso em: 24 dez. 2012. O julgado do Superior Tribunal de Justiça neste caso está reproduzido às páginas 165-166.

³⁶⁹ “(...) il danno riguarda sempre la situazione della persona rispetto al bene, non il bene in sè. Appunto il concetto di lesione si attaglia all’interesse, non invece al bene. Questo è il motivo, per cui la formula può e deve essere semplificata in queste parole brevi: lesione di interesse. Non credo Che Il danno possa essere definito più precisamente di così. CARNELUTTI, Francesco. Il danno e il reato. Padova: Cedam, 1930. p. 14.

enseja julgados díspares no que se refere à proteção do ser humano. A vinculação da ofensa dos direitos da personalidade a um momento consequencial danoso, expressado pelo sofrimento, possui raízes patrimonialistas profundas, razão pela qual o panorama de emancipação do conceito de dano moral, livre de valorações sobre a dor, encontra-se albergada pelo paradigma da pessoa humana.

II. ABUSO DE DIREITO: Dentre os vários direitos decorrentes da liberdade de imprensa, destacar-se-á particular atenção ao *direito de crítica*. O exercício desse direito, necessário e sem o qual não haveria de se falar em Estado Democrático de Direito, frequentemente enseja discussão sobre seus limites em face do direito da personalidade à honra.

O direito de crítica deve ser exercido com responsabilidade e ética, ou seja, a finalidade perseguida pelo seu exercício deve ser legítima, lastreada pela verdade e pela boa-fé. Nesse sentido, Nuno de Sousa aduz que:

(...) a crítica da imprensa é lícita se corresponde à verdade; que o dever de cuidado obriga, antes da publicação, a uma ponderação dos valores e interesses em presença; existir um dever, ainda, de se realizar a crítica com objetividade, e adverte: 'Pode-se fazer sátira ou parodiar uma situação sem lesar direitos da personalidade, desde que não se entre num plano de injúria ou ofensa pessoal.'³⁷⁰

Assim, parece ser a questão mais relevante da discussão em tela determinar até que ponto a imprensa pode incidir sobre a intimidade, vida privada, honra e imagem quando do exercício noticioso.

Manuel Alceu Affonso Ferreira observa que a liberdade de informação deve ser ampla, e a privacidade impõe-se como limite quando houver irrelevância para o interesse público e, ao mesmo tempo, relevante para o seu titular.³⁷¹

A imprensa tem o dever de noticiar informações que mais interessem ao público que ao particular, havendo, neste caso, o exercício regular do direito, com fundamento no artigo 188, I, do Código Civil de 2002.³⁷²

³⁷⁰ SOUSA, Nuno de. Liberdade de informação, verdade jornalística e protecção dos direitos dos cidadãos. **Seminário Comunicação Social e Direitos Individuais**. Porto: Edição da Alta Autoridade para a Comunicação Social, 1997. p. 30.

Em outras palavras, a liberdade de imprensa poderá, sem cometer *abuso de direito*, veicular informações que transcendam o interesse privado, dizendo respeito ao interesse público, nos termos do artigo 187 do Código Civil de 2002.³⁷³

Repise-se, nesse ponto, que o “interesse público” não se confunde com simples curiosidade, sendo que esta desperta invasão abusiva e injustificada ao âmbito doméstico, sem qualquer vínculo com questões de ordem pública.³⁷⁴

Capelo de Sousa exemplifica que “(...) a liberdade de expressão de um jornalista poderá servir, abstratamente, a interesses ou fins jurídicos tão diferentes como a revelação da verdade, o exercício da crítica, a rentabilização econômica da respectiva empresa, uma qualificada informação aos leitores, não podendo, porém violar valores superiores de terceiros, como elevados valores da identidade, da honra e da intimidade da vida privada.”³⁷⁵

Desse modo, na seara do direito civil, para reprimir o abuso de direito, decorrente de excessos aos limites da razoabilidade, tem-se a responsabilização civil da imprensa. Caso o jornalista exceda as condições para o exercício da titularidade do direito subjetivo de informar, veiculando notícia com fins ilegítimos, isto é, transbordando os *limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, está configurado o abuso de direito, gerando, por via de consequência, a responsabilidade civil* – artigo 187, CC/02 – o que deverá ser perscrutado na situação concreta.

Em tese de doutorado elaborada por Cláudio Antônio Soares Levada, vale apontar as suas conclusões: “(...) nesse desvio ou afastamento, no exercício excessivo do direito, encontra-se a configuração do ilícito, pelos resultados danosos

³⁷¹ Manuel Alceu Affonso Ferreira *apud* VARGEM GRANDE DO SUL. Processo nº 653.01.2009.003703-7. In: Revista de Direito Privado, ano 12, v.46, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 399-404, 2011.

³⁷² Código Civil de 2002, Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no **exercício regular de um direito reconhecido**; (...) GRIFO NOSSO)

³⁷³ Código Civil de 2002, Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³⁷⁴ “Frise-se, interesse público e não curiosidade popular, visto que as ressalvas à intimidade não são aceitas para obsequiar o comadrio, a bisbilhotice, os parlapatões das esquinas, os boquirrotos dos coquetéis (...)” FERREIRA, Manuel Alceu Affonso. Informação e intimidade: essas velhas inimigas. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 216-217.

advindos, repita-se, sem necessidade de outras preocupações de caráter investigativo.”³⁷⁶

A responsabilidade civil da imprensa, portanto, é objetiva, com fundamento no abuso de direito do artigo 187, do Código Civil, e não com fulcro no artigo 927 deste mesmo diploma legal, segundo o qual a responsabilidade sem aferição de culpa decorre do risco da atividade.

Com vistas à jurisprudência pátria, cumpre anotar o caso em que um indivíduo ajuizou ação indenizatória por danos morais julgada improcedente em primeiro grau, por causa da veiculação em jornal impresso de notícia que tivesse maculado a sua honra, não obstante a absolvição em processo criminal. Na hipótese, considerou o juiz não restar configurado o dano moral, pois considerou ausente a culpa do jornal requerido, tendo em vista que este apenas veiculou notícia da existência de investigações, sem que tivesse sido feito qualquer juízo de valor sobre o fato.

A sentença considerou, então, que o jornal requerido agiu em exercício regular do direito, sem que fossem transgredidos os limites da boa-fé, bons costumes e fins econômicos ou sociais.³⁷⁷

No direito comparado, o Tribunal da Relação de Lisboa manifestou-se sobre as condições do exercício do direito de crítica, em decisão proferida em 25.10.207, no processo n. 8108/07-9. Nesse caso, o requerido emitiu pesadas críticas ao presidente de uma entidade portuguesa de futebol. Com semelhante fundamento daquele da sentença supracitada, considerou-se que não houve excesso no exercício do direito de crítica: “É inevitável que quem desempenha determinadas funções de interesse ou utilidade públicos se sujeita a ver sua actividade profissional e/ou institucional sindicada pelos cidadãos, que tem de ter o direito de os escrutinar e criticar porque tal pertence ao núcleo irredutível do direito fundamental de expressão do pensamento.”³⁷⁸

³⁷⁵ CAPELO DE SOUSA, op. cit., p. 537.

³⁷⁶ LEVADA, Cláudio Antônio Soares. **O abuso e o novo direito civil brasileiro**. Jundiaí: UníAnchieta, 2007. p. 39.

³⁷⁷ VARGEM GRANDE DO SUL. Processo nº 653.01.2009.003703-7. In: Revista de Direito Privado, ano 12, v.46, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 399-404, 2011.

³⁷⁸ TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. Acórdão do processo nº 8108/07-9. Relator: Lisboa, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <207

Desse modo, observa-se que o exercício do direito de crítica, cujo fundamento está na liberdade de expressão, encontra limites na dignidade da pessoa humana, de tal maneira que o abuso do direito de criticar, aferido sobretudo pelas finalidades e pelo contexto em que a crítica se desenvolveu, pode ensejar a responsabilização civil.

III. DIREITO DE RESPOSTA: Consiste o direito de resposta, também denominado de direito de réplica³⁷⁹, na prerrogativa que tem a pessoa atingida por informações inexatas, distorcidas ou prejudiciais, maculadoras da honra e imagem, em efetuar resposta ou retificação mediante os mesmos canais de comunicação utilizados para veicular as notícias que ensejaram esse recurso ao indivíduo. Está inserido no âmbito do direito de liberdade de expressão, cujo exercício pressupõe responsabilidade.

Ressalvados o direito de crítica e o exercício regular do direito de informação, hipóteses estas em que é descabido pleitear o direito de resposta, a existência do direito subjetivo à réplica deve ser aferido no caso concreto, atentando-se para o fato de que não é necessário que os fatos divulgados acerca da pessoa tenham caráter ofensivo, basta que sejam errôneos, inverídicos, abusivos, de má-fé ou que justifique um esclarecimento pelo titular do direito.

Para Luiz Paulo Rosek Germano, o “direito de resposta como limite e restrição ao direito de liberdade de expressão representa a pluralidade de pensamentos e opiniões que devem coexistir em uma sociedade democrática.”³⁸⁰

Na verdade, corresponde à garantia constitucional contra os excessos cometidos pela liberdade de expressão, apresentando o titular do direito de resposta uma contrainformação, um contraditório entre veículo de comunicação e o titular do direito subjetivo de resposta.

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/bcaaf8cd3215faf280257391004b6b1c?OpenDocument>>. Acesso em: 02 jul. 2012.

³⁷⁹ “É o caso espanhol hoje (*derecho de rectificación*), depois de, durante muito tempo, se ter utilizado a expressão *derecho de réplica*, corresponde ao francês *droit de réponse*.” MOREIRA, Vital. **O direito de resposta na comunicação social**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 14.

³⁸⁰ GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **Direito de Resposta**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 135.

A doutrina italiana faz a importante ressalva de que não se trata exatamente de um direito de retificação, mas tão somente de um direito de resposta, porquanto não há a pretensão de que os fatos veiculados na resposta correspondam à versão exata dos fatos. Ao contrário, trata-se de oferecer à opinião pública uma versão com igual capacidade de influir sobre os destinatários da notícia.³⁸¹ Isso, pois, o “consumidor leitor” tem direito a ser informado amplamente sobre um dado informado, com exatidão, veracidade e boa-fé.

Questão pacificada se refere à vedação de comentário à resposta, isto é, não é possível a réplica ou contra resposta do órgão de comunicação. Se isso ocorrer, poderá dar lugar a uma nova resposta, se houver motivo para tanto.

Quanto aos aspectos procedimentais, já se consignou em momento anterior deste texto, coadunando-se com posicionamento da maioria da doutrina, que o vácuo legislativo torna difícil a operacionalização judicial do exercício desse direito, pois os regramentos foram suprimidos do ordenamento pátrio, em função do julgamento da ADPF n. 130.

Em síntese, a liberdade de expressão é um direito fundamental do particular contra os excessos do Estado, já o direito de resposta é um direito fundamental do particular em face de eventuais abusos da imprensa, fundado na liberdade de expressão.

3.5.2 A TUTELA PREVENTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Diante da flagrante insuficiência do meio de tutela usualmente oferecido para a proteção dos direitos da personalidade, surge espaço para a doutrina pensar um meio de tutela que se mostre mais eficaz e adequado para a proteção dessa categoria de direitos.

Uma alternativa para se fugir da reparação pecuniária do dano causado seria o ressarcimento na forma específica, que consistiria em um fazer ou em uma entrega que restituísse ao titular coisa da mesma espécie da violada.³⁸²

³⁸¹ Corasaniti *Apud* MOREIRA, Vital, op. cit., p.15 [Texto em nota de rodapé].

³⁸² MARINONI, op, cit., p. 423.

No entanto, apesar de se mostrar uma importante opção de superação do paradigma patrimonialista, no que diz respeito à proteção de direitos patrimoniais, o ressarcimento na forma específica parece ser de difícil aplicabilidade na tutela dos direitos da personalidade. A esse respeito, assim se posicionou Sérgio Cruz Arenhart:

Vê-se, pois, a difícil missão do direito, no que pertine à proteção aos direitos da personalidade, já que a tutela específica, neste campo, muito dificilmente poderá restaurar, ao lesado, seu idêntico interesse violado. A honra, por exemplo, uma vez maculada, jamais poderá ser restaurada em sua forma primitiva; bem o demonstra a tentativa teratológica da criação da doutrina do dano moral em nosso ordenamento.³⁸³

Os direitos da personalidade, devido a sua já ressaltada importância, carecem de uma tutela preventiva, que evite que o dano chegue a ser causado. Atento a esse fato, Luiz Guilherme Marinoni apresenta a chamada “tutela inibitória”.³⁸⁴ Na legislação brasileira atual, não é difícil encontrar dispositivos que fundamentem a referida tutela.

Marinoni afirma que o fundamento da tutela preventiva se encontra no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, configura verdadeiro direito fundamental à tutela preventiva.³⁸⁵

Sérgio Cruz Arenhart, nessa mesma linha, apresenta o artigo 461, *caput*, do Código de Processo Civil Brasileiro³⁸⁶ como “veículo da tutela inibitória genérica no Brasil”.³⁸⁷

³⁸³ ARENHART, op. cit., p. 108.

³⁸⁴ “A ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, a sua estruturação, ainda que dependente de teorização adequada, tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente os de conteúdo não-patrimonial.” MARINONI, op. cit. p. 251-253.

³⁸⁵ Ibid., p. 254.

³⁸⁶ O artigo 461, *caput*, do CPC assim dispõe: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela especificada obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

³⁸⁷ ARENHART, op. cit. 110.

No que concerne especificamente aos direitos da personalidade, uma leitura atenta mostra que os artigos 11 e 12 do Código Civil Brasileiro de 2002 garantem, também, o direito à tutela preventiva.³⁸⁸

Visto que a tutela preventiva dos direitos da personalidade possui a devida fundamentação no ordenamento jurídico, cabe analisar agora a sua atuação.

Conforme explica Marinoni, a tutela inibitória, que visa à inibição do agente que ameaça atentar contra direito alheio, baseia-se na mera probabilidade de ilícito, que ocorre antes mesmo de haver probabilidade de dano:

(...) imaginar que a ação inibitória se destina a inibir o dano implica na suposição de que nada existe antes dele que possa ser qualificado de ilícito civil. Acontece que o dano é uma consequência eventual do ato contrário ao direito, os quais (o dano e o ato contrário ao direito), assim, podem e devem ser destacados para que os direitos sejam mais adequadamente protegidos.³⁸⁹

Nessa mesma linha de raciocínio, Sérgio Cruz Arenhart chama a atenção para o fato de que muitas vezes a efetividade da tutela inibitória estará condicionada ao correto manuseio de mecanismos de tutela imediata provisória, ou seja, vai depender da possibilidade de antecipação dessa tutela.³⁹⁰

Sem a tutela inibitória antecipada, o titular do direito da personalidade ameaçado correrá o risco da demora da decisão judicial,³⁹¹ sendo possível e até mesmo provável que seu direito venha a ser lesado.

³⁸⁸ Ao afirmar que o exercício dos direitos da personalidade não podem “sofrer limitação voluntária”, o artigo 11 do CC/2002, ressalta a inviolabilidade desses direitos. O artigo 12 do CC/2002, por sua vez, ao determinar que “pode-se exigir que cesse a ameaça” a direitos da personalidade, garante o direito à tutela preventiva dos direitos da personalidade.

³⁸⁹ MARINONI, op. cit., p. 255.

³⁹⁰ ARENHART, op. cit., p. 116.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do instigante tema da dissertação, face à grande complexidade do assunto, requer, antes de mais nada, a compreensão da aparente unidade do discurso jurídico referente aos direitos fundamentais e da personalidade, ambos fundados no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Essa unidade, que harmoniza o discurso e a retórica dos direitos, se apresenta perturbada, ao examinarmos seu tratamento normativo positivado e seu exercício pelos cidadãos e a busca de sua proteção perante os tribunais.

É com base nessas constatações, que o trabalho não sugere um regresso ao individualismo exacerbado que permeou os ares do século XVIII e XIX, na medida em que disserta o texto pela defesa da proteção e desenvolvimento da liberdade individual.

A afirmação da liberdade, como sustentava o modelo liberal-burguês oitocentista, pautado pela ideia abstrata de sujeito igual e livre, consistiria em um sofisma, diante das transformações que a defesa da pessoa humana promoveu no direito para assegurar um tratamento digno, de modo a permitir o livre desenvolvimento da personalidade, sem ingerências indevidas do Estado e de particulares.

A par disso, a pretensão pela neutralidade normativa do século XIX levou à concepção de homem como sujeito de direito abstrato fundado em valores e categorias jurídicas não menos abstratas como a liberdade, a igualdade, o contrato e a propriedade, sem considerar as condições fáticas segundo as quais o indivíduo real está subjugado.

O exercício livre de *autodeterminação da personalidade*, que se defende nesta dissertação, desenvolve-se, por isso, sobre as bases do “redescobrimento” do ser humano, pelo Direito Constitucional e pelo Direito Civil, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, que resultou no movimento de repersonalização do próprio Direito.

³⁹¹ “O pedido de tutela inibitória antecipada busca a concessão de antecipação de tutela pelo perigo na demora de o agente réu abster-se da prática do atentado contra direito da personalidade da vítima autora.” SZANIAWSKI, op. cit., p. 250.

É, portanto, nessa perspectiva que se coloca a dignidade humana como um valor anterior e superior à existência da sociedade, valor este que assume uma dimensão jurídica ao ser socialmente reconhecido, politicamente validado, para ser inscrito no cerne do ordenamento jurídico.

Reconhece-se que os direitos fundamentais clássicos de primeira geração que conformam o patrimônio moral da humanidade, nomeadamente a liberdade e a dignidade, vêm sendo, “revitalizados” e ganhando maior significação, na atualidade, em face das novas e múltiplas exigências da sociabilidade e também de violações aos valores existenciais.

No caso brasileiro, a recepção da cultura dos direitos fundamentais, dos direitos humanos e dos direitos da personalidade, com base no princípio da dignidade humana, ganha contornos específicos e enfrenta dificuldades extremas, diante das raízes patrimonialistas e do individualismo autoritário, que marcaram a sociedade colonial e se revestem de características contemporâneas na sociedade de consumo e de comunicação de massa.

Além disso, na sociedade contemporânea, persistem situações e interesses notadamente econômicos que contribuem para transformar o ser humano em “supérfluo”, invocando-se um discurso pretensamente democrático de livre exercício da expressão e informação. Somado a isso, parece haver uma crise cultural da sociedade, que encontra dificuldade em distinguir a liberdade constitucional de imprensa e a prática midiática de apelo e entretenimento, o que resulta na qualificação generalizada de que tudo aquilo que é publicado consistiria em notícia legítima, para a satisfação de um suposto interesse público.

Certo é que a sociedade possui demandas, mas nem todas contribuem, com efeito, com a saúde da comunidade. A sociedade excessivamente consumista produz e retroalimenta, mediante ação midiática agressiva, a banalização das demandas individuais e públicas, tornando necessários bens materiais e imateriais que, na verdade, possuem natureza de mera acessoriedade.

A “cultura da superficialidade” leva à mercantilização dos atributos da personalidade humana. Assim, as violações aos direitos da personalidade, decorrentes das reiteradas práticas de abuso do direito de informação, passam despercebidas aos olhos dessa sociedade.

O conceito fluido de interesse público passa a ser amoldado para justificar essas violações. Nessa perspectiva de distorção de direitos e valores, o interesse privado, que afinal de contas equivale ao interesse econômico, confunde-se com o interesse público, sempre que imagens dirigidas ao entretenimento e à maximização da audiência são apresentadas à sociedade, naturalmente, como se correspondessem às necessidades coletivas e derivassem da liberdade democrática de imprensa.

De fato, as imagens simplificam a linguagem e contribuem com o exercício da imprensa, necessária esta ao funcionamento democrático. No entanto, a banalização da imagem pela mídia a enfraquece como atributo da personalidade, o que torna o âmbito normativo da imagem desagregado, cotidianamente deslocada, na jurisprudência e no senso comum, para o âmbito normativo do direito à honra e do direito à privacidade.

Nesta dissertação, é possível constatar que a jurisprudência brasileira possui entendimento majoritário no sentido da autonomia do direito à imagem, sempre que a sua veiculação possui inquestionável destinação econômica. Por outro lado, não havendo finalidade diretamente comercial no uso da imagem da pessoa humana, os tribunais entendem, de maneira preponderante, pela sua colocação no âmbito da proteção à honra ou à privacidade.

A doutrina brasileira concebe relação estreita entre a honra e a imagem, a partir da concepção da "imagem-atributo", o que torna prejudicada a tarefa de definir o âmbito normativo da imagem. Essas intersecções entre os âmbitos normativos da imagem e da honra apresentam-se preservadas no art. 20, *caput*, do Código Civil nacional, de modo que a referência normativa em submeter a proteção da imagem à esfera do direito à honra projeta decisões que esgarçam a afirmação da dignidade humana em sua plenitude.

Cumprir registrar, ainda, que o escopo primeiro do trabalho não foi desconstruir ou enfraquecer o direito à imagem e suas formas de exercício na sociedade contemporânea. Buscou-se promover discussões que apontassem contradições, aporias e inconsistências, lançando um olhar crítico sobre o tema. Essa discussão permitiu, ainda, pensar o aprendizado e a reinvenção de práticas e

conceitos consolidados e enraizados na mentalidade e práxis comum, e que nem por isso significa que são acertadas.

Por essa razão, procurou-se estabelecer o relacionamento do tema dos direitos da personalidade, mais especificamente o direito à imagem e o direito à privacidade, com o exercício das liberdades. Foi essa a pretensão do trabalho, sem almejar respondê-las definitivamente, mas sim contribuir e chamar o leitor e a comunidade jurídica interessada à reflexão da matéria discorrida.

Desse modo, está o jurista exercendo o papel que lhe cabe, qual seja o de “revisitar” tradicionais direitos e práticas do mundo da vida concreta, tomando-se como ponto de partida a pessoa humana e atentando-se, como preconizou Bobbio, que o grande problema dos direitos não está tão somente em sua teorização, mas sim na transposição do que está nos livros para a vida.

Concluídas as reflexões próprias, toma-se por empréstimo as palavras de Eric Hobsbawn, em sua provocadora obra “Era dos Extremos”, para encerrar a reflexão contida nesta dissertação:

Não sabemos para onde estamos indo. Só sabemos que a história nos trouxe até este ponto e – se os leitores partilham da tese deste livro – por quê. Contudo, uma coisa é clara. Se a humanidade quer ter um futuro reconhecível, não pode ser pelo prolongamento do passado ou presente. Se tentarmos construir o terceiro milênio nessa base, vamos fracassar. E o preço do fracasso, ou seja, a alternativa para uma mudança da sociedade, é a escuridão.³⁹²

Por todo o exposto, verifica-se que sociedade atual tem delineado, com auxílio determinante das ações da mídia, um novo modelo de instrumentalização do ser humano, promovendo a substituição do ser humano pensante e reflexivo, pelo homem que torna as coisas da vida cognoscíveis mediante um mundo de imagens.

³⁹² HOBBSAWN, Eric. **Era dos extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 562.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADARRAGA, Ana Azurmendi. **El derecho a la propia imagen**: su identidad y aproximación al derecho a la información. 2. ed. México: Fundación Manuel Buendía, 1998.

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. Curitiba: Juruá, 2007.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal**: uma perspectiva jurídico-criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ARAÚJO, Luiz Alberto David de. **A proteção constitucional da própria imagem**. São Paulo: Del Rey, 1996.

_____. A imagem retrato e a imagem atributo: conceitos distintos na Constituição Federal de 1988. COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). In: **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1.

ASENJO, Porfirio Barroso; TALAVERA, María del Mar López. **La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales**. Madrid: Fragua, 1998.

ASSIS, Machado de. A Igreja do Diabo. In: Contos Consagrados. São Paulo: Ediouro, s/d. Disponível em: <<http://www.biblio.com.br/defaultz.asp?link=http://www.biblio.com.br/conteudo/MachadoAssis/aigrejadodiabo.htm>>. Acesso em: 20 out. 2012.

BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto. **Direito à própria imagem: aspectos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 01 mar. 2012.

BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor na obra fotográfica. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 77, n. 275, p. 95-102, (jul.-set.) 1981.

_____. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Forense Universitária, 2008.

BITTENCOURT, Renato Nunes. As utopias negativas e a normatividade da disciplina social. **Achegas.net-Revista de Ciência Política**. Rio de Janeiro, n. 43, p. 63-80, jan./dez. 2010. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/43/renato_43.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2012.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.

BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**. São Paulo: M. Limonad, 2002.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Liberdade de expressão e direito à honra: uma nova abordagem no direito brasileiro**. Joinville: Bildung, 2010.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BORTOLOTTI, Plínio. **O povo**. Brasília, 16 ago. 2005. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/news/view/plinio_bortolotti_28908>. Acesso em: 17 out. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 fev. 2012.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 18 dez. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 16 dez. 2012.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 403. Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94425>. Acesso em: 16 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 270.730-RJ (2000/0078399-4). Recorrente: Maitê Proença Gallo. Recorrido: S/A Editora Tribuna da Imprensa. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200000783994&dt_publicacao=07/05/2001>. Acesso em: 24 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 58101-SP (94/0038904-3). Recorrente: Vera Lucia Zimmerman. Recorrida: Editora Azul S/A. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Brasília, 16 de setembro de 1997. Disponível em: <

https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400389043&dt_publicacao=09-03-1998&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 10 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 595.600-SC (2003/0177033-2). Recorrente: Maria Aparecida de Almeida Padilha. Recorrido: Zero Hora Editora Jornalística S.A. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, 19 de março de 2004. Disponível em:<<http://www.faq.edu.br/professores/ymjunior/Direito%20Civil-1%BAPer%EDodo/2%BABim-%20DECIS%C3O%20DO%20STJ-CASO%20DO%20TOPLESS%20QUE%20N%C3O%20GERA%20INDENIZA%C7%C3O-DIREITO%20C0%20IMAGEM%20E%20PRIVACIDADE.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº267.529-RJ (2000/0071809-2). Recorrente: Icatu Hartford Seguros S/A. Recorrido: Genivaldo de Oliveira Lins. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 03 de outubro de 2000. Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=1542733&nreg=20000718092&dt=20001218&formato=PDF>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº46420-0 SP. Recorrentes: Confederação Brasileira de Futebol e Editora Abril S/A. Recorridos: Clodoaldo Tavares Santana e outros. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 12 de setembro de 1994. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400093551&dt_publicacao=05-12-1994&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 10 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 138.883-PE (1997/0046250-1). Recorrente: Editora Jornal do Commercio. Recorrido: Edith Souto Fazio. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 04 de agosto de 1998. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700462501&dt_publicacao=05-10-1998&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 24 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.082.878-RJ (2008/0187567-8). Recorrente: Editora Globo S/A. Recorrido: Marcos Fábio Prudente. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 14 de outubro de 2008. Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6079745/recurso-especial-resp-1082878-rj-2008-0187567-8-stj>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.345.989-SP (2010/0156474-2). Agravante: Editora Caras S/A. Agravado: Francisco de Assis Pinheiro e outros. Relatora: Ministra Maria Isabel Galloti. Brasília, 13 de março de 2012. Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21435169/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1345989-sp-2010-0156474-2-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.200.482-RJ (2010/0113117-0). Recorrente: Danielle Winitkowski de Azevedo. Recorrido: Grupo de Comunicações Três S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 09 de novembro de 2010. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2010/0113117-0&data=7/2/2011>. Acesso em: 24 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.024.276-RN (2008/0014507-0). Recorrente: Editora Abril S/A. Recorrido: Valéria Cristina Alvez Bezerra. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 17 de setembro de 2009. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=912205&num_registro=200800145070&data=20091022&formato=PDF>. Acesso em: 24 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 440.150-RJ (2002/0060956-7). Recorrentes: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Daniel Faria Loureiro. Recorrido: Município do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Brasília, 19 de abril de 2005. Disponível em:<http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STJ/IT/RESP_440150_RJ_19.04.2005.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 215.984-1 RJ. Recorrente: Cássia Kis. Recorrido: Ediouro S/A. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 04 de junho de 2002. Disponível em:<http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RE_215984_RJ%20_04.06.2002.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 803.129-RS (2005/0204997-5). Recorrente: Universidade do Vale do Rio dos Sinos Unisinos. Recorrido: Dagoberto Rovelí Silva dos Santos. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 29 de setembro de 2009. Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6028309/recurso-especial-resp-803129-rs-2005-0204997-5-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 896.635-MT (2006/0220810-4). Recorrente: Rádio Real FM Ltda e outros. Recorrido: Gláucia Regina da Silva. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 26 de fevereiro de 2008. Disponível em:<
https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=757411&num_registro=200602208104&data=20080310&formato=PDF>. Acesso em: 04 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 818.764-ES (2006/0028021-9). Recorrente: Grupo de Comunicação Três S/A. Recorrido: Alinaldo Faria de Souza. Relator: Ministro Jorge Scartezini. Brasília, 15 de fevereiro de 2007. Disponível em:<
https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2904393&num_registro=200600280219&data=20070312&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 27 dez.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 162.918-DF (1997/0071884-0). Agravante: Naoum Turismo e Hospedagem S/A. Apelada: Maria Amalia de Oliveira Rocha. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, 06 de junho de 2000. Disponível em:<
https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&dt_publicacao=21/08/2000&num_registro=199700718840>. Acesso em: 27 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.000.356-SP. (2007/0252697-5). Recorrente: N V DI G E S. Recorrido: C F V. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 25 de maio de 2010. Disponível em:<
http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev3/files/JUS2/STJ/IT/RESP_1000356_SP_1277150938299.pdf>. Acesso em: 25 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 711.644-SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 15 de dezembro de 2009. Disponível em:<
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21978624/8600706-pr-860070-6-acordao-tjpr/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

CABRAL, Marcelo Malizia. A colisão entre os direitos de personalidade e o direito de informação. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUEZ JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas. 2012. p. 108-152.

CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil. In: TELLES, Inocêncio Galvão (Org.) **Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha**. Lisboa: FDUL, 1989. p. 373-406.

CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. **El derecho fundamental al honor**. Madrid: Tecnos, 1992.

CAMARGO, Rodrigo Eduardo; WINIKES, Ralph. Aspectos controversos dos direitos da personalidade: as concepções e os meios de tutela. In: JORNADA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 11, 2009, Curitiba, **Anais**. Curitiba: Faculdade de Direito do Paraná, 2009. p. 113-124.

CAMARGO, Rodrigo Eduardo; WINIKES, Ralph. Reconstrução do direito da personalidade à própria imagem a partir da teoria crítica do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 3. p. 291-313.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999. v. 2.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARDOSO, Honoré Augusto. Uma contribuição filosófica à crítica da doutrina dos direitos humanos. Disponível em:< <http://www.slideshare.net/PSHON/critica-aos-direitos-humanos>>. Acesso em: 01 out. 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **Il danno e il reato**. Padova: Cedam, 1930.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981.

CHAMBEL, Élia Marina Pereira. A videovigilância e o direito à imagem. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.). In: **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva**. Coimbra: Almedina, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **Simulacro e poder**: uma análise da mídia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 67, p.45-75, 1972.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima face**: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHRISTOFOLETTI, Rogério. Criminalização de vítimas na imprensa: considerações sobre a ética jornalística. **Revista Brasileira de Ciências da Comunicação**. São Paulo, v. 28, n.1, p. 27-39, (jan.-jun.) 2005.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS. Disponível em:<<http://www.cnpd.pt/bin/cnpd/acnpd.htm>>. Acesso em: 02 dez. 2012.

CONDESSO, Fernando dos Reis. **Direito da comunicação social**. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**: Parte Geral. Pessoas. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. v. 1. tomo III.

_____. Da colisão de direitos. **O Direito**. Coimbra, v.1, n. 137, p.37-55, 2005.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Direitos da Personalidade**: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver. 1993. 149 f. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1993.

_____. A teoria geral dos direitos da personalidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**. Curitiba, v.5, n.5, p. 20-37, 1996.

_____. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31-56.

_____. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas:** uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só.** São Paulo: Editora Siciliano Jurídico, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **O conceito de dano no direito brasileiro e comparado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. **La configuración constitucional del derecho a la propia imagen en la Constitución Brasileña de 1988.** 2008. 813 f. Tese (Doctorado en derecho constitucional) - Departamento de derecho constitucional, Universidad de Sevilla, España, 2008. Disponível em: <<http://fondosdigitales.us.es/tesis/autores/185/>>. Acesso em: 15 set. 2012.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade.** Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

_____. **Os direitos da personalidade.** Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Aspectos da responsabilidade civil sob a perspectiva do direito à própria imagem. DONNINI, Rogério Ferraz; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). In: **Responsabilidade civil – Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil:** parte geral. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: 2002.

DIAS, Jaqueline Sarmento. **O direito à própria imagem.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DIREITO à imagem: um direito essencial à pessoa. **Notícias/STJ.** Brasília, 03 abr. 2011. Disponível em:<
http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101305>. Acesso em: 24 dez. 2012.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 35-59.

_____. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

_____. Limites democráticos da liberdade de informação. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, jun. 2010. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2010-jun-23/carta-aberta-ministro-marco-aurelio-limites-liberdade-informacao>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. 1.ed. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988.

ESPANHA. STS, de 18 de fevereiro de 1999. A.C.M y delito contra la salud pública. Disponível em:< <http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpi/menuitem.0cb0942ae6fbda1c1ef62232dc432ea0/?vgnextoid=75e19efd54265310VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=6d70f20408619210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default>>. Acesso em: 13 fev. 2012.

FACHIN, Antonio Zulmar. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

FAVOREU, Louis (Coord.). **Droit des libertés fondamentales**. Paris: Dalloz, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, v.1, n.1, p.72, 1992.

_____. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA, Lucas Tadeu. Os tratados internacionais e a liberdade de expressão e de imprensa. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 4, n. 32, 01 jun. 1999. Disponível em;<<http://jus.com.br/revista/texto/149>>. Acesso em: 01 jul. 2012.

FERREIRA, Manuel Alceu Affonso. Informação e intimidade: essas velhas inimigas. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERRER, Juan José García. **El Político**: Su honor y vida privada. Madrid: Edisofer, 1998.

FESTAS, David de Oliveira. **Do conteúdo patrimonial do direito à imagem**: contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e inter vivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GEDIEL, José Antônio Peres; CAMARGO, Rodrigo Eduardo; WINIKES, Ralph. O direito da personalidade à própria imagem e a autonomia do dano. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado. Maringá, v. 10, n. 1, p 51-68, jan. /jun. 2010.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **Direito de Resposta**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GESU, Sonia Carmelita di. **Il diritto all'immagine e la sua tutela**. Disponível em:<<http://www.ildirittoamministrativo.it/allegati/IL%20DIRITTO%20ALL'IMMAGINE%20E%20LA%20SUA%20TUTELA%20a%20cura%20di%20Sonia%20Carmelita%20Di%20Gesù.pdf>>. Acesso em: 17 jun.2012.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. **Direito de imprensa e liberdade de expressão: soluções teóricas e práticas após a revogação da lei 5.250, de 09.02.1967.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONZÁLEZ, Manuel Gitrama. Derecho a la propia imagen. **Nueva Enciclopedia Jurídica.** Barcelona, tomo XI, p. 301-376, 1962.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GUERRERO, Manuel Medina. **La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación.** Valencia: Titant Lo Blanch, 2005.

GRIPP, Alan; STUCKERT FILHO, Roberto; LEALI, Francisco. Voto combinado na rede. **O Globo**, Rio de Janeiro, 23 ago. 2007. O País.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOBBS, Eric. **Era dos extremos.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e Direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JARA, José Royo. **La protección del derecho a la propia imagen.** Madrid: Madrid Colex, 1987.

KAYSER, Pierre. **La protection de la vie privée par le droit: protection du secret de l'vie privée.** 3.ed. Paris: Economica, 1995.

KOHLER, Josef. **A própria imagem no direito.** Tradução de Walter Moraes. Revista Interamericana de derecho intelectual. São Paulo, v. 2, nº 2, jul-dez. 1979.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** 7ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988 (2009).

LARENZ, Karl. **Derecho Civil: Parte General.** Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1978.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. **O abuso e o novo direito civil brasileiro.** Jundiaí: UniAnchieta, 2007.

LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro, v. 27, p.211-219, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, a. 36, n. 141, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Las normas fundamentales de Derecho Privado.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion.** 6.ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social.** Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAYER, Dayse de Vasconcelos. Os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 e sua projeção sobre os direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,** Coimbra, v. 43, n. 2, 2002.

MEDRANO, Amelia Pascual. **El derecho fundamental a la propia imagen:fundamento, contenido, titularidad y límites.** Navarra: Thomson Aranzadi, 2003.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.

MINISTRO do STF rejeita possibilidade de nova lei de imprensa. **Agência Câmara de Notícias**. Brasília, 09 jun. 2009. Disponível em:< <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/135980.html>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUEZ JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUEZ JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas. 2012. p. 1-23.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. Tomo IV.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 443, ano 61, p. 64-81, set. 1972.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 25.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 444, ano 61, p. 11-28, out. 1972.

MOREIRA,Vital. **O direito de resposta na comunicação social**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed.. 5ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

_____. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 61-83.

_____. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. *et al.* **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. Coimbra: Coimbra Editora. 2001. v. 2, p. 527-558.

MOREIRA, Vital. **O direito de resposta na comunicação social**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MUNIZ, Francisco; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. **Revista dos tribunais**, v. 532, p. 11-23, 1980.

OBSERVATÓRIO DA IMPRENSA. São Paulo, 28 abr. 2009. Disponível em:<http://tvbrasil.org.br/observatoriodaimprensa/arquivo/principal_090428.asp#artigo>. Acesso em: 16 jun. 2012.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, n. 19, p. 223-241, 1978-1980.

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 572.710-0 PR, da 22ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Apelante 1: Unimed Curitiba. Apelante 2: Darcy Biondo. Apelados: Os mesmos. Relator: Desembargador Luiz Lopes. Curitiba, 1 de julho de 2010. Disponível em:<<http://www.tj.pr.gov.br/asp/judwin/consultas/judwin/visualizaPdf.asp?Processo=1099865&Data=201007131424&Tipo=1>>. Acesso em: 24 dez.2012.

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 860.070-6 PR, da 12ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba (860070-6). Apelante 1: Editora Abril S/A. Apelante 2: Vanessa Valentim. Apelados: Os mesmos. Relator: Desembargador José Laurindo de Souza Netto. Curitiba, 28 de junho de 2012. Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21978624/8600706-pr-860070-6-acordao-tjpr/inteiro-teor>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

PENADÉS, Javier Plaza. **El derecho al honor y la libertad de expresión**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.1.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHO, Débora. TV Globo é condenada por divulgar sequestro em telejornais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 agost. 2001. Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2001-ago-23/tv_globo_condenada_indenizar_familia_matarazzo>. Acesso em: 27 dez. 2012.

PINTO, Ricardo Leite. Liberdade de imprensa e vida privada. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, ano 54, n. 1, p. 27-147, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. v. 7.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em:< [http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Constituicao Portuguesa.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Constituicao_Portuguesa.htm)>. Acesso 10 nov. 2012.

PORTUGAL. Decreto Lei nº 47 344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil Português. Disponível em: <http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral/leg_geral_docs/DL_47344_66_COD_CIVIL_1.htm#CODIGO_CIVIL_ARTIGO_70>. Acesso em: 02 nov. 2012.

PORTUGAL. Lei nº 67, de 26 de outubro de 1998. Lei da proteção dos direitos pessoais. Disponível em:< http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/lei_6798.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

PORTUGAL. Lei nº 01, de 10 de janeiro de 2005. Regula a utilização de câmaras de vídeo pelas forças e serviços de segurança em locais públicos de utilização comum. Disponível em:<http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral/leg_geral_docs/LEI_001_2005.htm>. Acesso em: 02 dez. 2012.

PORTUGAL. Lei nº 29, de 22 de agosto de 2003. Autoriza o governo a alterar o regime jurídico do exercício da atividade de segurança privada. Disponível em:<http://www.dgpi.mj.pt/sections/citius/livro-iv-leis-criminais/pdf4/l-29-2003/downloadFile/file/L_29_2003.pdf?nocache=1182166746.43>. Acesso em 02 dez. 2012.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA DE PORTUGAL. Coleção de pareceres. Disponível em:< <http://www.pgr.pt/pub/Pareceres/VII/1.html>>. Acesso em: 04 mai. 2012.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: O medo e a esperança. In: WEFFORT, F. (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 1993, p. 51-77.

_____. **Ao leitor sem medo**: Hobbes escrevendo contra seu tempo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0020076-90.2007.8.19.0003. Apelantes: Regina Lucia dos Santos Veridini e outros. Apelados: Os mesmos e Empresa de Jornal A Cidade de Angra dos Reis. Relator: Desembargador Maldonado de Carvalho. 23 de março de 2010. Disponível em:<<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003D8A8A60DB091A130AC512F1641702EB709C4023B0B4F>>. Acesso em: 27 dez. 2012.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 11.0272004. Apelantes: Danielle Winitkowski e outro. Apelados: Os mesmos. Relator: Desembargador Fabrício Paulo B. Bandeira Filho. Rio de Janeiro, 26 de maio de 2004. Disponível em:< <http://www.georgemlima.xpg.com.br/winnits.pdf>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 2009.001.32419. Apelantes: TV Ômega Ltda e Rafaela Castro Almeida. Apelados: Os mesmos. Relator: Desembargador Ademir Paulo Pimentel. Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2009. Disponível em:<

http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev2/files/JUS2/TJRJ/IT/APL_1726864920078190001_RJ_1259853079212.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2012.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 2009.001.44054. Apelante: Rui Carlos da Silva. Apelado: Zara Brasil Ltda. Relator: Desembargador Cláudio Brandão. Rio de Janeiro, 1 de setembro de 2009. Disponível em:< <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5458275/apelacao-apl-200900144054-rj-200900144054-tjrj>>. Acesso em: 24 dez.2012.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 70040809709. Apelante: Ana Carolina Prado. Apelado: Unilever Bestfoods Brasil Ltda. Relator: Desembargador Túlio de Oliveira Martins. Porto Alegre, 28 de abril de 2011. Disponível em:< <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19289242/apelacao-civel-ac-70040809709-rs-tjrs/inteiro-teor>>. Acesso em: 26 dez. 2012.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 70037275252. Apelante: Rielle Dutra Barreto. Apelado: Dakota Nordeste S.A. Relator: Desembargador Roberto Carvalho Fraga. Porto Alegre, 30 de novembro de 2011. Disponível em:< http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70037275252&num_processo=70037275252&codEmenta=4478713>. Acesso em: 26 dez. 2012.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 70035236751. Apelantes: Luatex Têxtil Ltda, Lojas Renner e Anna Bárbara Xavier. Apelados: Os mesmos. Relator: Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana. Porto Alegre, 15 de dezembro de 2011. Disponível em:< http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70035236751&num_processo=70035236751&codEmenta=4521642&temIntTeor=true>. Acesso em: 26 dez. 2012.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 70049851959. Apelantes: Adega Cavalleri Ltda, Vinnea Vinhos Ltda e Ana Carolina do Prado Lima Petrucci. Relatora: Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 15 de agosto de 2012. Disponível em:< http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70049851959&num_processo=70049851959&codEmenta=4846900&temIntTeor=true>. Acesso em: 26 dez. 2012.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades Públicas**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROCHA, Juliana Livia Antunes da. A liberdade de expressão e o direito à intimidade da vida privada: delineando contornos a partir da perspectiva da teoria da ação comunicativa. **PHRONESIS- Revista do Curso de Direito da FEAD**. Belo Horizonte, v. 01, n. 2, p.137-167, jul. 2006.

RUIZ Y TOMÁS, Pedro. **Ensayo sobre el derecho a la propia imagen**. Madrid: Reus, 1931.

SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2002.

SALDAÑA, Àngels Gili. Publicación de la fotografía de un recluso, el antiguo financiero De la Rosa, mientras comía un bocadillo en la cárcel. InDret: Revista para el análisis del derecho. Barcelona, n. 259, p. 01-10, fev. 2005. Disponível em:<http://www.indret.com/pdf/259_es.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2012.

SAMANIEGO, José Luis Manzanares. El derecho a la propia imagen en el derecho alemán. **Boletín de Información del Ministerio de Justicia Español**, Madrid, año 45, n. 1.619, p. 6124-6130, 5 dez. 1991.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANTORO-PASSARELLI, F. **Teoria Geral do Direito Civil**. Tradução Manuel de Aragão. Coimbra: Atlântida Editora, 1967.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 9250729-15.2008.8.26.0000. Apelante: Lucas de França Jesus. Apelado: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e outra. Relator: Francisco Loureiro. São Paulo, 01 de março de 2012. Disponível em:<http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/TJSP/IT/APL_92507291520088_26_SP_1331034093412.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2012.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 9190158-78.2008.8.26.0000. Apelante: Vânia Roverso Corrêa. Apelado: Lagrotta Azzurra Indústria e Comércio de Confeções Ltda. Relator: Desembargador: João Francisco Moreira Viegas. São Paulo, 24 de janeiro de 2012. Disponível em:<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=6054518&vIcaptcha=bqvzE>>. Acesso em: 26 dez. 2012.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 0275491-20.2009.8.26.0000. Apelante: Manoel Marques Pereira Filho. Apelados: Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda e José Luiz Datena. Relatora: Christine Santini. São Paulo, 30 de maio de 2012. Disponível em:<http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20121023-06.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2012.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 9145211-70.2007.8.26.0000. Apelante: Terezinha de Fátima Matia. Apelado: TV SBT canal 04 de São Paulo S/A. Relator: Desembargador Elliot Akel. São Paulo, 22 de novembro de 2011. Disponível em:<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=5556081&vIcaptcha=hEdEd>>. Acesso em: 27 dez. 2012.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação nº 9119615-21.2006.0000. Apelante: José Alexandre Soares Ferreira. Apelado: Grupo Editorial de Franca Ltda. Relator: Ministro A. C. Mathias Coltro. Brasília, 01 de julho de 2009. Disponível em:<http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20121023-06.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SAVATIER, René. **Le droit de l'art et des lettres**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho a la identidad personal**. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.

SILVA, Andréa Barroso. Direito à imagem: o delírio da redoma protetora. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUEZ JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas. 2012. p. 281-332.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUSA, Nuno de. Liberdade de informação, verdade jornalística e protecção dos direitos dos cidadãos. **Seminário Comunicação Social e Direitos Individuais**. Porto: Edição da Alta Autoridade para a Comunicação Social, 1997.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do direito à imagem. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v.13, p. 33-71, 2003.

STYCER, Maurício. Datena negocia ao vivo na tv e soluciona sequestro na grande SP. **Blog**, São Paulo, 28 nov. 2012. Disponível em:<
<http://mauriciostycer.blogosfera.uol.com.br/2012/11/28/datena-negocia-ao-vivo-e-soluciona-sequestro-na-tv/>>. Acesso em: 27 dez. 2012.

SUÁREZ, J.C. El derecho a la información: aspectos éticos. **Derechos y Libertades- Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas**. Madrid, ano VI, nº 10, p. 611-621, 2002.

SÚMULA vinculante do STF limita o uso de algemas a casos excepcionais. Notícias/STF. Brasília, 13 de agosto de 2008. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=94467>>. Acesso em: 06 jan. 2013.

SUPREMO julga lei de imprensa incompatível com a Constituição Federal. Notícias/STF. Brasília, 30 abr. 2009. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107402>>. Acesso em: 18 jun. 2012.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

TEJEDOR, Fernando Herrero. **Honor, intimidad y propia imagen**. Madrid: Colex, 1994.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1.

TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952.

TORRES, Patrícia de Almeida. **Direito à própria imagem**. São Paulo: LTR, 1998.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di Diritto Civile**. 13. ed. Padova: CEDAM, 1962.

TRABUCO, Cláudia. Dos contratos relativos ao direito à imagem. **O Direito**. Lisboa, ano 133, n. 2, p. 389-459, 2001.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. Acórdão do processo nº 8108/07-9. Relator: Lisboa, 25 de outubro de 2007. Disponível em:<<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/bcaaf8cd3215faf280257391004b6b1c?OpenDocument>>. Acesso em: 02 jul. 2012.

VARGEM GRANDE DO SUL. Processo nº 653.01.2009.003703-7. In: Revista de Direito Privado, ano 12, v.46, abr-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 399-404, 2011.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do Direito Civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. **El derecho a la intimidad**. Tradução de Benigno Pendas e Pilar Baselga. Madrid: Civitas, 1995.

WINIKES, Ralph. **A concepção de vida privada e de intimidade, enquanto direitos da personalidade, na doutrina e jurisprudência brasileiras**. 2010. 59 f. Monografia (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.